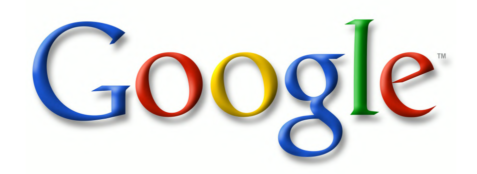
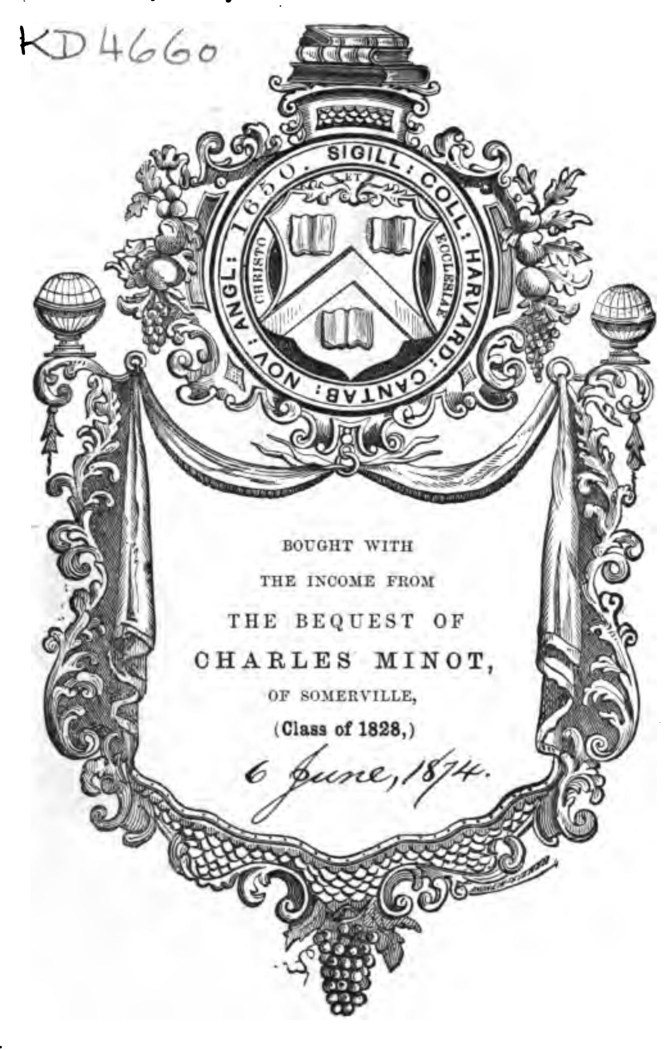

Google


SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
BOUGHT WITH
THE INCOME FROM
THE BEQUEST OF
CHARLES MINOT,
OF SOMERVILLE,
(Class of 1828,)
6 June, 1874.

[redacted]

Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

C. F. von Gerber,
Kanzler der Universität Tübingen

und

R. Jhering,
Geh. Justizrath und Professor zu Gießen.

Fünfter Band.

Jena,
Verlag von Friedrich Mauke.
1861.

Inhalt.

I.

Zur Lehre von der condictio sine causa.

Von

Dr. Th. Kiesselbach in Bremen.

I.

Einleitung.

In der Glosse zu den Pandekten finden sich verschiedene Ansichten über die Zuständigkeit der condictio sine causa. Nach der dort vorherrschenden aber concurrirt diese Klage mit fast allen anderen nicht aus Contracten entspringenden Condictionen, nämlich der causa data causa non secuta, ob turpem vel injustam causam, indebiti [1]).

Ihr Gebiet wurde jedoch noch weiter gefaßt, als das vereinigte jener Klagen, und so unterschied man sie als eine condictio sine causa generalis nach den Fällen, wo sie concurrirte, und als specialis, wenn und sofern sie allein zustand. Diese Unterscheidung machte auch noch Cujaz [2]),

1) Ipsa tamen generalissima est nam concurrit fere cum omnibus aliis. Glossa ad leg. 1 Dig. de cond. sine causa.

2) Concurrit condictio cum superioribus et nonnunquam sola competit.

und es findet sich dieselbe meines Wissens durchgängig bei den späteren Schriftstellern bis zum vorigen Jahrhundert herab[3]). Diese Uebereinstimmung der früheren Autoren läßt von vornherein vermuthen, daß dieselben auch über den Rechtsgrund der Klage, wenigstens nach der negativen Seite hin, einverstanden waren. Denn wenn die condictio sine causa mit einer der anderen Condictionen concurrirt, so muß ihr Rechtsgrund in dem der andern Klage enthalten sein, so wie in jeder Einzelnart die eigene Gattung enthalten ist. Und so ist es wirklich. Es stimmen jene Schriftsteller dahin überein, daß sie sämmtlich als ratio der Klage eine ganz generelle angeben. Ja, einige dieser Definitionen sind so weit, daß darnach die condictio sine causa fast mit allen Klagen concurriren würde. S. Reinhard a. a. O.

Um aber die Hauptstellen, auf welche sowohl jene früheren als auch die meisten neueren Schriftsteller für die Definition unserer Klage sich beziehen, vor Augen zu haben, stelle ich sie hier zusammen.

l. 11 § 6 de A. E. V. (19. 1):

— certe etiam condici poterit, quia jam sine causa apud venditorem est annulus.

l. 3 § 5 de Coll. (37. 6):

— sed et si pecuniam contulerit condictione eam repetit, omissa enim bonorum possessione incipit pecunia sine causa esse apud heredem.

l. 50 de J. D. (23. 3):

— ut fundus, quasi sine causa penes maritum esse coeperit, condicatur.

l. 66 de Cond. Ind. (12. 6):

---

3) Reinhard, Zur Lehre von der Condictio sine causa (Archiv für civ. Praxis Bd. 29 Nr. VII S. 234 fg.).

Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur revocare consuevit.

Hierzu kommen insbesondere folgende Stellen aus dem Titel de condictione sine causa:

l. 1 § 3 (12. 7):

constat id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit vel redit ad non justam causam.

l. 4 (12. 7):

Nihil refert, utrumme ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quam datum, sit secuta non sit.

Die neueren Rechtsgelehrten weichen von den früheren durchgehends darin ab, daß sie eine Concurrenz der condictio sine causa mit den anderen Condictionen nicht annehmen [4]). In unseren Compendien suchen wir daher vergebens nach einer condictio sine causa generalis [5]).

Diese Uebereinstimmung entspringt aber keineswegs daraus, daß die bezeichneten Autoren auch einerlei Ansicht hegen über die ratio actionis. Diese ist sogar sehr bestritten. Der Grund für sie liegt vielmehr, wenn ich nicht irre, darin, daß die Unmöglichkeit jener früheren Ansicht zur Ueberzeugung geworden ist. Die Römer können nicht zugleich verschiedene einzelne, aus scharf und eng begränzten Rechtsgründen entspringende condictiones und noch eine andere, der Formel und dem Gegenstande nach ganz gleiche, Klage als aus einer fast maßlosen ratio hervorgehend anerkannt haben. Die Rich-

4) Z. B. Reinhard a. a. O. Erxleben (trotz des generellen Titels), Die condictiones sine causa Abth. 1 Vorr. S. 1.

5) S. Thibaut, Pand. 6. Aufl. § 986. v. Vangerow, Leitfaden § 628 Anm. v. Savigny, System Bd. V Beil. XIV Nr. VII Puchta, Lehrbuch § 312.

tigkeit dieses Gedankens wird aber erst dann ganz erwiesen sein, wenn dargethan ist, wie es sich um die Entwickelung dieser Klage bei den Römern verhielt. Hierfür einen Beitrag zu liefern ist der Zweck dieser Abhandlung.

Rechtsgrund und Gegenstand geben einer Klage ihre Besonderheit. Von den Rechtsgründen hängt es ab, ob sie mit anderen Klagen concurrirt oder nicht. Die älteren Schriftsteller dachten, wie ich oben gezeigt habe, folgerichtig. Sie theilten der ganz generellen ratio eine ganz generelle Klage zu. Die meisten Neueren dagegen sind meines Erachtens bei der Definition des Rechtsgrundes dieser Klage mit der eigenen Behauptung, daß die Klage eine specielle sei, im Widerspruch.

Puchta (Lehrbuch § 312) definirt so:

„Condizirt kann werden, was ohne allen Grund aus dem Vermögen des Klägers in das des Beklagten gekommen ist.“

Er folgt darin im Wesentlichen der l. 1 § 3 h. t. (12, 7) und der l. 66 de cond. ind. (12, 6) — siehe oben, — indem er zunächst angiebt, was, nicht aus welchem Grunde, condizirt werden könne. Freilich sollen wir aus dem Gegenstande den Rechtsgrund entnehmen. Denn hätte Puchta zwischen Grund und Gegenstand der Klage unterscheiden wollen, so hätte er das hinzugesetzt; und dann zeigen die Wörtchen „dahin gehört“ und „wie“, mit denen die Aufzählung einzelner Fälle anhebt, daß diese Beispiels halber dastehen, nicht als eine abgeschlossene Reihe besonderer Fälle.

Der Rechtsgrund aber, welcher daher zu entnehmen ist, wäre jedenfalls auch in denen der fraglichen übrigen Condictionen, wenigstens in der condictio indebiti, enthalten. Denn das Wort „Grund“ muß sich auf das Rechtliche, die Obligatio, und kann sich nicht etwa auf das Thatsächliche beziehen. Der verursachende thatsächliche Grund kann bei kei-

ner Veränderung der Dinge fehlen. Ein Rechtsgrund fehlt aber ebenso unzweifelhaft bei Zahlung einer Nichtschuld, und so wäre nach dieser Definition eine Concurrenz der condictio sine causa mit der condictio indebiti unvermeidlich.

Wenig abweichend ist die aus derselben l. 1 § 3 h. t. genommene Erklärung unserer Klage bei Vangerow:

„Die condictio sine causa findet Statt im Allgemeinen, wenn entweder eine Leistung gleich von Anfang ohne einen rechtsgenügenden Grund geschehen ist oder wenn zwar anfangs ein hinlänglicher Grund vorhanden war, dieser aber nachher weggefallen ist."

Auch Vangerow übergeht die alte Unterscheidung einer generalis und specialis actio, und sollen die Worte „im Allgemeinen" wohl nicht auf eine generalis condictio hinweisen, sondern als Bezeichnung des Princips dienen.

Dieses Princip aber wäre in Wahrheit schon aus dem gegen Puchta geltend gemachten Grunde ein generelles, und nach ihm der concursus actionum anzunehmen.

Dasselbe trifft bei Thibaut zu, der bei der Definition der causa condictionis sine causa derselben l. 1 § 3 h. t. folgt. Nur weicht er von den Vorgehenden darin ab, daß er unserer Klage einen besonderen Gegenstand zuspricht [6]).

Errleben entwickelt in dem angeführten Buche das Prinzip der condictio sine causa nicht — das soll vielmehr erst im dritten Bande geschehen — er deutet seine Ansicht jedoch in den Worten an, wonach unsere Klage diejenige condictio ist,

„in welcher, wie schon ihr Name andeutet, das Prin-

6) Thibaut §§ 972. 986. v. Vangerow §§ 625 Anm. 3. 628 Anm. 3. Puchta, Lehrb. §§ 308 in f., 309 in f., 312 in f. Vorlesungen §§ 308. 309.

zip dieser Obligationen seinen allgemeinsten Ausdruck findet",

und diese weiteste Fassung des Princips glaubt er in den Worten der l. 1 § 3 h. t. enthalten.

Früher, meint er, habe man fälschlich angenommen, daß dieses Princip nur der condictio sine causa eigen sei, und es sei daher die falsche Meinung entsprungen, daß diese Klage auch mit den übrigen Condictionen concurrire. Allein die Richtigkeit dieses Gedankens kann ich nicht einsehen. Denn wenn er selbst lehrt, daß alle Condictionen jenes Princip haben, unsere aber der allgemeinste Ausdruck desselben sei, so führt er, wenn auch wider Willen, zu dem Schlusse, daß diese ganz generelle ratio in jenen enger begränzten enthalten sein muß, und somit auch diese Ansicht den concursus actionum nicht aufheben kann [7]).

Ueber Savigny's Definition a. a. O. urtheilt Wächter, daß auch sie allzu weit sei [8]).

Sie ist aber diese:

„Auch dasjenige kann condizirt werden, was aus meinem Vermögen anders als durch meinen Willen in fremdes Eigenthum übergeht, sei es, daß der Andere durch seine Handlung oder durch zufällige Umstände auf meine Kosten bereichert wird."

So viel steht jedoch fest, daß bei dieser ratio die condictio sine causa den condictiones ob causam et indebiti gegenüber in Wahrheit eine specialis actio sein würde. Allein ich werde im zweiten Theile dieser Abhandlung zu zeigen versuchen, daß diese Unterscheidung in unseren Quellen durchaus nicht begründet ist.

---

7) Erxleben a. a. O. Vorrede.

8) Wächter, Erörterungen. 11. Erörter. S. 98 Note 91.

Ausführlicher muß ich am Schlusse dieser Einleitung Reinhard's Ansicht in der oben angegebenen Schrift besprechen. Indem er über die Erklärungen der Neueren mit fast gänzlichem Schweigen hinweggeht, nimmt er folgenden Gedankengang.

Wenn Jemand ohne irgend eine Willensbeschränkung einem Andern Etwas gäbe, also ohne eine causa zu setzen und ohne daß eine solche vorher existirte, so werde bei ihm die Absicht der Schenkung rechtlich präsumirt. Er müsse also, um das Gegebene wieder zu bekommen, beweisen, daß er diese Absicht nicht gehabt habe. Jedoch falle eine solche Nothwendigkeit des Gegenbeweises bisweilen durch die besondere causa actionis weg; wie z. B. es der Fall sei, wenn Jemand ob causam oder negotiorum gestorum causa gegeben habe. Bei der Zahlung einer Nichtschuld bestehe nun aber eine doppelte Präsumtion. Es werde nämlich erstens angenommen, das Gezahlte sei geschuldet, dann (also eventuell) das Gegebene sei Schenkungs halber gegeben. Es müsse demnach der eine Nichtschuld Zurückfordernde beweisen, daß er eine Nichtschuld und daß er sie irrthümlich bezahlt habe (vergl. S. 240 a. a. O.). Von dieser Regel seien in den Fällen der condictio sine causa, deren er vier Klassen aufstellt, Ausnahmen begründet (S. 249).

Die Grundlage dieser Eintheilung schon ist falsch. Es steht von vornherein fest, da Präsumtionen sich auf den Beweis eines Rechtsgrundes, nicht auf die Natur der ratio beziehen, daß Reinhard von etwas ganz Aeußerlichem, nämlich der Verschiedenheit der themata probandi, ausgeht. Ob aber eine Klage dem Rechte nach begründet ist oder nicht, hängt nur davon ab, ob die ratio juris in den Thatsachen wirklich ist, nicht aber kann die ratio juris einer Klage davon

abhängen, ob die Beweismittel, sie im Gericht durchzuführen, genügen.

Aber hiervon abgesehen ist auch die Unterscheidung unrichtig. Um dies darzuthun, richte ich den Beweis zuerst dahin, daß für eine solche Präsumtion der Schenkung im Rechte nur bei Zahlung einer Nichtschuld Platz sein würde, und zweitens, daß sie bei der solutio indebiti nicht existirt und im Recht eine unproductive Verschwendung sein würde.

Geben wir nämlich Etwas, so thun wir es entweder, indem wir zum Geben verpflichtet sind, oder indem wir dazu nicht verpflichtet sind. Ein Drittes giebt es nicht. Geben wir, indem wir zum Geben rechtlich nicht verpflichtet sind, so geschieht es, weil wir schenken wollen (zu Gunsten des Empfängers) oder weil wir Etwas bewirken wollen, das in unserem oder eines Dritten Interesse liegt, oder weil wir irrthümlich glauben, zum Geben verpflichtet zu sein. Einen andern vernünftigen Grund zum Geben — ratio — kann ich nicht ausfinden. Denn geben wir z. B. eine Nichtschuld, wissend, daß wir nichts schulden, mit der Absicht, das Gegebene später zurückzufordern (l. 50 de cond. ind. 12, 6), oder geben wir zu einem Zwecke, obschon wir wissen, daß derselbe den Naturgesetzen oder der Vernunft des Rechts widerstreitet (vgl. unten) und also auf keine Weise erreicht werden kann, so geben wir ohne und wider Vernunft und werden durch das Recht nicht geschützt. Nicht aber deshalb, weil das Recht hier die Absicht zu schenken präsumirt, sondern weil das Recht nicht den wider Vernunft Handelnden schützt, indem sein eigener Grund und Gegenstand das Vernünftige und die Vernunft ist.

Fragen wir nun nach einem Platze für eine praesumtio animi donandi, so ist von den drei rationes selbstverständlich

die causa donationis nicht zu berücksichtigen. Es bleiben also die datio ob causam und die solutio indebiti.

Da aber bei der ersteren vorausgesetzt wird, es sei ob causam gegeben, so fällt auch dieser Fall weg. Denn es kann selbstverständlich nur Sache der Interpretation oder des Beweises sein, ob, wenn das bestritten wird, um einen Quellenausdruck zu gebrauchen, sub certa lege dicta datum sit oder nicht. Der Kläger hat seinen Klaggrund zu beweisen. Dies folgt aus allgemeinen Gründen, nicht etwa aus einer entgegenstehenden Präsumtion. Damit möchte Reinhard S. 240 oben selbst übereinzustimmen scheinen.

Es bleibt also die indebiti solutio allein übrig. Die Stellen, auf welche Reinhard sich stützt, sind folgende.

Zuerst führt er an l. 29 de Donat. (39. 5):

Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur.

Der Sinn dieses Satzes ergiebt sich aus den folgenden Worten:

Quidam enim in jure interrogatus nihil sibi debere tutoris heredes respondit.

Die Erben werden durch die confessio in jure, als wären sie durch Urtheil von der erhobenen Klage freigesprochen — quum confessus in jure pro judicato sit, vergl. l. 1 und l. 6 § 2 de conf. (42. 2) liberirt. Wollte man nun aus dieser Prozeßhandlung die ihr zu Grunde liegende causa interpretiren, so könnte natürlich nur von causae in juristischem Sinne die Rede sein, von rationes, wenn ich so sagen darf, Rechtsvernunftgründen. Nimmt man aber an, es hätte hier eine causa in diesem Sinne existirt, so würde freilich, da keine Verpflichtung vorlag, da von einem Handeln ob causam ebensowenig die Rede ist, nichts einfacher sein, als mit Gewißheit auf die einzige dritte Möglichkeit, die causa donationis, zu schließen. Es läge also besten Falls eine Prä-

sumtion des Vernünftigen, nicht der Schenkungsabsicht vor. Allein wie ich glaube, ist Papinian's Gedankengang, der nichts mit müssigen Präsumtionen zu thun hat, dieser. Es möchte zweifelhaft sein, ob auch das als geschenkt anzusehen sei, was in jure confitirt wurde. Denn erstens ist eine solche confessio ihrem Begriffe nach nur die Anerkennung eines Rechts, mag sie zu Folge ihrer formellen Wirksamkeit auch thatsächlich manchmal der Begründungsakt eines solchen werden. Zweitens waren die Sachen, deren Werth in Frage kam, nicht bei dem Concedenten, sondern im Vermögen der Erben. Papinian entscheidet nun, wenn Jemand freiwillig — also natürlich animo donandi — in jure confitire, so werde auch das als Schenkung angesehen, eingedenk des

id apud se quis habere videtur de quo habet actionem, habetur enim quod peti potest.

Das Wort videtur heißt: „es wird angesehen als ob", nicht „es wird vermuthet, daß". Von einer Präsumtion ist also nicht die Rede, eher von einer Fiction. Die gegebene Interpretation des Satzes wird aber durch die scharfe Gegenüberstellung von donari und conceditur am Anfang und Schluß nothwendig indicirt.

Reinhard citirt dann die lex 7 § 2 pro emtore (41. 4):

— quodsi scierit Titius, peculium manumisso concessum non esse, donari potius quam indebitum fundum solvere intelligendus est.

Es wird also das Wissen davon bei Titius vorausgesetzt, daß er das Grundstück dem Freigelassenen nicht schulde. Wenn er ihm nichtsdestoweniger dasselbe gab, ohne eine causa zu setzen, so müssen wir nothwendig, da von einem irrthümlichen Zahlen einer Nichtschuld offenbar bei Titius'

Wissenschaft nicht die Rede sein kann, auf eine causa donationis schließen. Es giebt keine andere ratio außer ihr in diesem Falle. Aber die Thatsachen, nicht das Recht führen zu diesem Schlusse. Wäre von einer Präsumtion der Schenkung die Rede, so würde die relevante Frage sein müssen, wen rücksichtlich der Wissenschaft des Titius die Beweislast träfe, eine Frage, die durch die Voraussetzung des Falls für uns abgeschnitten ist und in der Stelle gar nicht vorkommt.

In l. 82 de R. J. (50, 17) wird der Satz Papinian's aus der besprochenen l. 29 pr. de Don. lediglich wiederholt.

Endlich noch einige Worte über die l. 53 de R. J.:

„Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio."

Diese Stelle enthält genau das, was ich oben aus der Natur der Sache zu entwickeln versuchte. Giebt nämlich Jemand ohne vorhandenen Rechtszwang und nicht ob causam, so giebt er, wenn nicht ein vernunftswidriges, juristisch ganz gleichgültiges Geben vorliegt, entweder Schenkungs halber oder aus irrthümlicher Annahme einer Schuld. Es deutet aber auch nicht eine Silbe darauf, daß rechtlich Eins von Beiden präsumirt werde.

Diese Stellen also, auf welche Reinhard sich stützt, und von denen keine dem Titel de praesumtionibus et probationibus angehört, beweisen das Dasein einer Präsumtion der Schenkungsabsicht nicht.

Eine solche Präsumtion wäre aber auch jedenfalls überflüssig und mit der Oekonomie des Römischen Rechts im Widerspruche. Denn der Begriff Schenkung gehört nicht einer Einzelnart von Obligationen an. Er enthält vielmehr einen bestimmten Zweck, der sehr verschiedenen Geschäften unterliegen kann. Diese Geschäfte aber, welche dem Schenkungs-

zweck dienen, bestehen nichtsdestoweniger unabhängig von ihm, durch sich selbst. So die datio und promissio. Ist es ungewiß, ob ein Geschäft zu Folge einer Absicht zu schenken abgeschlossen ist, und will Jemand wegen Mangels dieser Absicht es als unwirksam angreifen, so hat er selbstverständlich diesen Mangel zu beweisen. Z. B. der mit der actio ex stipulatu Beklagte räumt ein, promittirt zu haben, leugnet aber, daß er habe schenken wollen, indem er vielmehr irrthümlich angenommen habe, er sei dazu verpflichtet, schützt einfach eine exceptio vor. Und so hat der, welcher einem Geschäfte den Charakter der Schenkung abspricht, ganz unabhängig von dieser seiner Behauptung stets die partes petitoris — nam reus in exceptione actor est l. 1 de Except. (44, 1), und muß in jedem Falle beweisen. Eine Präsumtion der Schenkungsabsicht würde aber keine andere Wirkung haben können als eben diese.

Hinsichtlich der Handlungen contra rationem merke ich noch schließlich dieses an. Die fraglichen Condictionen wurden ex bono et aequo mit Durchbrechung der engen Gränzen des alten strictum jus eingeführt:

l. 3 § 7 de cond. caus. data,

l. 66 de cond. ind.,

aber diese römische aequitas juris naturalis ging nicht so weit, diejenigen zu unterstützen, welche, sei es im Geben oder Versprechen, vernunftswidrig handeln:

l. 50 l. 24 de cond. ind.

für sie gilt der Satz:

Errantibus nec stultis succurritur.

II.

Titel-Interpretation.

Zum Eingang des zwölften Buchs der Digesten bemerkt die Glosse a vindicationibus transit ad condictiones. Voran steht hier die condictio certi. Es folgen dann im 4., 5. und 6. Titel die condictiones causa data causa non secuta, ob turpem vel injustam causam, indebiti mit 16, 9 und 67 Fragmenten. Am Schlusse aber des Buchs steht unser Titel de condictione sine causa mit 5 Fragmenten.

Die Stellung und der Umfang des Titels legen darnach die Vermuthung nahe, daß die condictio sine causa eine Klage von untergeordneter Bedeutung, etwa ein Anhang der vorhergehenden ist — also ganz im Gegensatz zu der Auffassung, nach welcher in ihr „das Princip dieser Obligationen seinen allgemeinsten Ausdruck gefunden hat".

Der Codex zeigt ein ganz ähnliches Verhältniß. Auch in ihm steht im Condictionenrecht die condictio certi voran, und folgt die condictio sine causa erst nach den condictiones indebiti, ob causam datorum, ob turpem causam unter dem Titel de condictione ex lege et sine causa vel injusta causa, der nur 4 Constitutionen umfaßt.

Die Berücksichtigung dieses Aeußerlichen hat allerdings nur Sinn bei der Annahme, daß die condictio sine causa wirklich unter dem Titel gleicher Bezeichnung behandelt wird. Man hat sich nun aber durchweg bei der Erforschung des Rechtsgrunds dieser Klage um die Stellung der benutzten Fragmente wenig bekümmert. Reinhard erklärt sogar: „Auf die Stellung unter die eine oder die andere Rubrik ist in Wahrheit gar kein Gewicht zu legen". Ich habe bei mehreren einzelnen Stellen unten über diesen Punkt zu sprechen. Hier

bemerke ich, daß ich von einem andern Gedanken ausgegangen bin. Die Trennung in Rubriken und die Stellung der einzelnen Fragmente habe ich für wichtig erachtet, und stehe sogar in Begriff, die Bedeutung dieser Rubrik „condictio sine causa“ aus einer Interpretation der einzelnen Titelstellen darzulegen. Allerdings war die Edictsordnung, welche diesem Abschnitt der Pandecten zu Grunde liegt, zu Justinian's Zeiten bereits lange veraltet, und die in der Reihenfolge der Condictionen hie und da aufbewahrten Spuren der geschichtlichen Entwickelung dieser Klagen wenig mehr verstanden. — Die Compilatoren behielten das Fachwerk bei, weil die meisten Werke, aus denen sie auszogen, darnach geordnet waren, und sie selbst nicht die Fähigkeiten besaßen, den massenhaft angehäuften Rechtsstoff systematisch durchzuarbeiten. Dazu ist hinsichtlich der Condictionen erst ganz neuerdings der Versuch gemacht. Ich denke dabei weniger an Savigny's geistvolle Behandlung als an Windscheid's Schrift über die Voraussetzung. — Allein aus diesem Sachverhalt geht für uns nicht ohne Weiteres die Berechtigung, anzunehmen, hervor, daß die Verfasser des Corpus juris sich der Sache nach gar nicht an die von ihnen angenommene Ordnung gekehrt hätten, und auf die Stellung der Fragmente gar kein Gewicht somit zu legen sei. Es ist vielmehr diese von Reinhard ausgesprochene und von Vielen thatsächlich bekundete Annahme von vornherein eine willkürliche, wobei freilich die Willkür auf die Compilatoren geschoben wird.

Nach diesen Vorbemerkungen wende ich mich zu den Fragmenten des 7. Digestentitels, von denen ich zunächst das erste, dritte und vierte behandeln werde. Eine Rechtfertigung dieses Verfahrens kann sich nur aus dem Ganzen der Arbeit ergeben.

Ulpian in der l. 1 beginnt: Est et haec species

condictionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum.

Der Nachdruck in den Worten est et haec bezweckt, den Fall si quis sine causa promiserit als einen singulären Condictionenfall anzuzeigen. Ulpian fügt hinzu: „wie wenn Jemand eine Nichtschuld zahlte". Denn vel hat auch die Bedeutung von velut, in welchem Sinne es öfterer vorkommt [9]). Eine condictio in eigentlicher Bedeutung, wie solche zum Beispiel aus Zahlung einer Nichtschuld entspringt, findet bei der promissio ohne Rechtsgrund allerdings nicht statt. Jedoch entspringt auch in diesem Falle eine Art von condictio nach Analogie der Zahlung einer Nichtschuld. Dieser Sinn liegt meines Erachtens in den Anfangsworten. Der Nachweis der Richtigkeit dieser Ansicht wird der Haupt- und Ausgangspunkt dieser Arbeit sein müssen.

Um nun die Besonderheit dieser condictio zu erkennen, bedarf es einer Feststellung des Wesens der condictio in ursprünglicher Bedeutung. Und hierbei ist die Natur der actio und der causa condictionis scharf getrennt zu halten.

In den Institutionen quibus modis re etc. 3, 14 findet sich die generelle Angabe:

Ex eo contractu — scil. mutui datione — nascitur actio, quae vocatur condictio

und gleich darauf im § 1 heißt es

nam perinde ei— scil. qui indebitum accepit— condici potest „si paret eum dare oportere" ac si mutuum accepit.

Genau damit stimmt die l. 5 § 3 de O. et A. (44. 7) überein:

is quoque, qui non debitum accipit per errorem sol-

9) Brissonius de V. S. ad vel und velut „fictionis nota est".

ventis — eadem actione tenetur qua debitores creditoribus.

Man beachte, daß hier wesentlich von der actio die Rede ist. Die actio aus dem Darlehen heißt condictio. Ich hebe dieses hervor, um hier einer Controverse auszuweichen. Nach Vorgang alter Schriftsteller hat Savigny [10] in geistreicher Weise zu entwickeln versucht, daß die condictio die dem Darlehensvertrage eigenthümliche Klage gewesen sei, und daß sie — abgesehen von einigen Ausnahmen — aus andern Rechtsverhältnissen gerade deshalb ebenfalls entsprungen sei, weil man diese und sofern man sie ihrem Wesen nach als Fictionen eines Darlehens aufgefaßt habe. Seine Ansicht hat aber ihre eifrigen Gegner gefunden [11].

Jene Controverse bezieht sich auf die Natur des Rechtsgrunds, der causa condictionis, nicht auf das Wesen der Klage, der actio condictionis. Darüber besteht kein Streit, daß die nämliche actio aus der Hingabe eines Darlehens und aus der Zahlung einer Nichtschuld entsprungen sei. Dies sagen die angeführten Stellen gewiß. Ob nur dies, ist zweifelhaft. Hier aber gehe ich zur Feststellung des Wesens der condictio von der actio aus, die causae bei Seite lassend, weiche also von dem nämlichen Ausgangspunkte mit Savigny nach einer andern Richtung ab.

Die aus der Hingabe eines Darlehens entspringende Klage wird condictio genannt. Das führt uns zu einer Untersuchung des Darlehns zum Zwecke des Verständnisses der Klage, und nur dieser, zurück.

Der wirthschaftliche Zweck, einem Andern eine Sache zum zeitweiligen Gebrauche zu überlassen, hat auf Grund der Ver-

---

10) System Bd. 5 Beil. XIV.

11) Z. B. Erxleben, Die cond. ind. § 3.

schiedenheit der Sachen verschiedene Rechtsbildungen nothwendig hervorgebracht, Darlehen, Leihe, Pacht u. s. w. Die Verschiedenheit der Sachen selbst besteht freilich zum Theil nur durch die Betrachtungs- und Schätzungsweise der Menschen, allein nicht als eine willkürliche des Einzelnen, sondern als eine vernünftige, nothwendige der Menge. Für die Bildung des Darlehengeschäfts ist die Besonderheit des Gebrauchswerths ganz entscheidend. Liegt dieser gerade darin, daß die Sache consumirt oder quasiconsumirt wird, das heißt, wird die ihr für den Menschen Werth verleihende Eigenschaft grade durch ihre Consumtion wirksam, so setzt ihr Gebrauch rechtlich nothwendig die Befugniß über die Sache zu disponiren voraus. Wer also dem Andern die Sachen zum Gebrauche giebt, muß ihm Eigenthum daran geben: Ex meo tuum fiat. Das bloße Ueberlassen einer Sache zu zeitweiligem Gebrauche steht aber im Widerspruch mit der Nothwendigkeit des Empfängers, die Sachen, um sie zu gebrauchen, zu consumiren. Allein zu allen Zeiten wirthschaftlicher Entwickelung wird an den meisten Sachen nicht das Einzelnding, sondern die Summe ihres Gewichts oder ihres Umfangs oder ihrer Einer zusammen mit ihrer Art und Güte allein geschätzt. In sinniger Weise hat nun das Recht den Widerspruch gelöst. Es sind für dasselbe nämlich dem im Verkehr herrschenden Gedanken gemäß gleiche Summen gleicher Art dieselbe Sache. Diese besteht, hat ihren Bestand in der Gewichts-, Zahlen- oder Maaßsumme. Das nichtkörperliche Abstractum, scharf genug bestimmt, um so lange die Gattung noch in Wirklichkeit existirt, selbst als wirklich zu gelten, wird dem Rechte zur Sache selbst. Und genus perire nequit.

Werden also Summen zum zeitweiligen Gebrauche überlassen, welche und sofern sie als Summen bestimmter Art bestehen, so ist dies das Darlehen. Aus ihm fordern wir

genau dasselbe, was wir geben, die Summe, welche nicht im Eigenthum stehen kann, sondern nur in der Obligation vorkommt. Das Geforderte ist das suum des Klägers. Allein er hat nicht wie bei der Vindication des Einzelndings das Dasein der Sache nachzuweisen. Bei dieser muß die Sache dargethan, die Scholle mußte vor Gericht gebracht werden, sondern bei dem certum in obligatione genügt es, Summe und Art zu bezeichnen. Das tritt hier an die Stelle des individuellen Namens.

Diesen Sinn hat meines Erachtens das Fragment des Paulus l. 6 de reb. cred. (12. 1), wo das quae in obligatione versatur sich nur auf quantitas bezieht.

Die Klage aus dem Darlehen ist also, wenn wir das Abstractum in's Auge fassen, worauf sie geht, ein repetere, Zurückfordern des Seinigen, dem ein Zurückgeben entspricht; sehen wir auf die in concreto an den Kläger kommenden Einzelsachen, so ist sie auf Eigenthumsübertragung gerichtet, dem das dare gegenübersteht.

Beide Gesichtspunkte sind festzuhalten. Repetere ist das dieser Klage eigenthümliche Wort und steht oft für condicere.

Vergl. z. B. l. 1 in f. l. 2 princ. § 1. l. 5. l. 6 princ. und § 1. 2. l. 7. 8. 9. 10. 11. 12 de cond. ind. (12. 6).

Freilich nach der Ausbildung des Condictionenrechts, wie sie in den Quellen vorliegt, ist der Begriff von condictio über die Summenklage weit hinaus entwickelt und mit ihr das repetere uneigentlich gebraucht. Aber treffend hebt noch die alte Bedeutung hervor die Glosse zur l. 7 de cond. ind.:

ubi vero — solvitur — quantitas, id est quod in mutuo consistit, tantundem est in obligatione sicut in mutuo, nam haec condictio similis est mutuo, et ita proprie ponitur „repetitur“.

Repetere und 'condicere bezeichnen also im eigentlichen Sinne die Summenklage, die Rückforderung der Summe, und nur dieser. So heißt es noch im Codex:

— usuras enim ejus summae praestari tibi frustra desideras; actione enim condictionis ea sola quantitas repetitur, quae indebita soluta est.

l. 1 Cod. de cond. ind. (4. 5).

Ist aber diese Entwickelung des ursprünglichen Kerns der condictio richtig, so steht dieselbe zur Vindication so. Mit der vindicatio wird die eigene res certa corporalis zurückverlangt, mit der condictio die res certa incorporalis als die eigene zurückgefordert. Es ist daher nicht etwa eine rein äußere Aneinanderreihung in den Anfangsworten der Glosse gemeint „a vindicatione transit ad condictiones“.

Ich habe bisher die ursprüngliche Natur der condictio darzulegen versucht, ohne mich um den Unterschied, der wieder zwischen Summensachen besteht, zu bekümmern. Derselbe ist aber, wie im Leben so im Recht und ganz besonders im Römischen Recht, von tiefeingreifender Bedeutung. Als Werthmesser aller andern Sachen und als allgemein begehrtes Tauschmittel hebt sich nämlich unter ihnen das Geld hervor, als welches schon seit früher Entwickelung Roms Metall und zwar bis zum 3. Jahrhundert vor unserer Zeitrechnung aes galt. Die Haltbarkeit des Stoffes, die Allgemeinheit des Begehrs darnach, sowohl seiner selbst willen als besonders seiner anerkannten Tauschkraft halber, und die Ausbreitung über weite Länderstrecken, die eine annähernde Gleichheit des Werthniveaus zur Folge hat, geben dem Edelmetall die dem Werthmaß nothwendig beiwohnende Stetigkeit des eigenen Werths. In Wechselwirkung mit seiner Eigenschaft, als Werthmesser zu dienen, steht der Gebrauch desselben als allgemeinen Tauschmittels. Beide Funktionen des Geldes erstarken zusammen in

einem sich entwickelnden Geldverkehr. Das Römische Recht hat nun aber in seiner Entwickelung eine sich außerordentlich steigernde Geldwirthschaft aufgenommen. Dafür ist Zeuge die Natur dieser Condictionen.

Die Summenklage tritt im Römischen Rechte doppelt auf als condictio certi auf Geld und condictio triticiaria auf andere Summenarten. Bei beiden ist die Rückgabe des Empfangenen rechtlich stets möglich. Factisch aber stellt sich die Sache so, daß, je mehr der Geldverkehr zunimmt, je größer der Kreis von Sachen wird, die ihrer generellen Natur nach als Summen lediglich geachtet werden, desto mehr auch an den Sachen der in Geld ausdrückbare Tauschwerth in den Vordergrund tritt, womit eng zusammenhängt, daß das Darlehen sich im Verkehr völlig auf die, Tauschmittel und Werthmaß abgebende, Summensache beschränkt. Eine nahe liegende Abstraction gab nun den Römern das Mittel an die Hand, die Condictionenklage wesentlich zu erweitern. Man half den difficultatibus permutationum durch die aequalitas quantitatis ab, indem man die Werthsumme als mit der Sache identisch in die Formel setzte. Mit dieser Abhülfe war der condictio die Bahn einer Entwickelung geöffnet, von deren Ende sich nur mit Schwierigkeiten jetzt noch an den Ausgang gelangen läßt. Die condictio ist die Rückforderung einer gegebenen Summe ursprünglich. Eine gegebene Einzelnsache damit zurückzufordern, lief ihr schnurstracks entgegen. An sich schien der Fall auch fern zu liegen. Denn gebe ich eine Einzelnsache als solche zum Gebrauch, so bedarf es dazu der Eigenthumsübertragung nicht. Es bleibt die actio in rem. Uebertrage ich aber Eigenthum an der Sache und obligire zugleich den Empfänger zur Zurückgabe, so ist thatsächlich es höchst ungewiß, ob ich das Gegebene werde zurückfordern können, ob es nicht unterging oder schlechter ward, sei es durch Schuld oder

Zufall. Auch kann dieses mein Forderungsrecht die Befugniß des Eigenthümers, die Sache an einen Dritten zu veräußern oder sie zu zerstören, nicht aufheben. Von wichtigem Einfluß für diese hier besprochene Entwickelungsstufe des Condictionenrechts ist wahrscheinlich die Geschäftsform der Stipulation geworden. Jenes Mittel nun war einfach und ergab sich aus der Anschauung des Verkehrslebens von selbst. Insofern eine res corporalis mit ihrem Werthe identificirt wurde, konnte sie in obligatione versiren. Wie also beim Darlehen die Klage ein Zurückfordern der Summe ist und bei steigendem Geldverkehr auch jede andere Summe vertretbarer Sachen nur noch als Werthsumme in Betracht kommt, so wird die condictio, ausgedehnt auf Einzelnsachen, die Rückforderung derselben, als bestimmter Werthsummen, also rücksichtlich eines Abstractums, das auch nach ihrem Untergange besteht. Eine aestimatio der Sache steht also mit dieser ausgedehnten Condictionenklage in nothwendiger Verbindung. Gerade vermöge dieser Aestimation, welche selbst im Laufe der Zeit sich wesentlich umwandelte, hat sich die Summenklage Hand in Hand mit dem Vorwiegen des Tauschwerths über den Gebrauchswerth, des abstracten über den concreten, immer weiter entwickelt.

Von der einfachsten Formel, wo auf Gleiches intentio und condemnatio ging,

si paret eum ss. decem dare oportere eum ss. decem condemna

und somit im engern Sinne Gleiches gefordert und empfangen wurde, kam man durch die litis aestimatio bei der contestatio zu der Formel, wo die Gleichheit von intentio und condemnatio nur der Werth ist,

si paret eum tritici africi optimi centum modios (fundum tusculanum) dare oportere,

ss. X. m. — quanti ea res est tantam pecuniam — eum condemna.

Die Entwickelung zum arbitrium litis aestimandae herab ist hier nicht zu verfolgen.

Wir haben nach der bisherigen Entwickelung die Summenklage in dreifacher Gestalt:

1. die ursprüngliche, wo eine der gegebenen Summe der Art nach gleiche Summe Gegenstand der Condemnation ist, was wenigstens nach der Zeit unserer Quellen nur bei Geld vorkam,

2. jene, wo die gegebene Summe nicht in natura, sondern als Geldwerthsumme vermöge der nothwendigen aestimatio bei der litis contestatio in die condemnatio gesetzt wurde,

3. die Klage, wo mittelst der unter 2 angegebenen Umstellung auch eine res corporalis als Werth in die condemnatio kam, und sich so zur Summe verwandelte.

Ehe ich von hier aus zu der Entwickelungsstufe weiter gehe, wo selbst eine res incorporalis incerta, wie z. B. eine Handlung, mit einer actio condictionis zurückgefordert wurde, muß ich die enge altcivile Natur dieser Klage noch einmal in's Auge fassen. Der Zweck dabei ist eine Befestigung des Aufgestellten.

Der oft in den Quellen gebrauchte vollständigere Name der condictio indebiti ist condictio indebiti soluti. Ich kümmere mich auch hier nicht um ihre causa, sondern um die actio, und dieses ist, wie ihr Name andeutet und verschiedene Quellenstellen angeben, die actio condictionis certi. Ulpian sagt in der l. 1 des 6. Titels:

si quis indebitum ignorans solvit per hanc actionem condicere potest.

Es kommt darauf an, aufzufinden, welches diese haec actio ist. Das Fragment ist aus dem 26. Buche Ulpian's

zum Edict genommen. Aus demselben finden sich noch verschiedene Stellen unter folgenden Titeln:

De rebus creditis (12. 1) l. 1. 7. 9. 11. 13.

De cond. causa data etc. (12. 4) l. 1. 3.

De cond. ob turpem etc. (12. 5) l. 2. 4.

In allen diesen wird nun principiell die condictio certi behandelt.

Die l. 1 dagegen im Titel de condictione triticiaria (13. 3), welche aus dem 27. Buche desselben Werks stammt, lautet so:

Qui certam pecuniam numeratam petit illa actione utitur „si certum petetur", qui autem alias res, per triticiariam condictionem petet.

Offenbar steht nun dieses Fragment auch im Werke Ulpian's am Anfang des 27. Buchs, und darnach ist es mehr als wahrscheinlich, daß er im 26. Buche die condictio certi (die „illa actio" der lex 1) behandelte. Ist dieses richtig, so meint also die haec actio die actio certi im 26. Buche.

Der Begriff solvere im Namen der condictio unterstützt diese Annahme. Er entwickelte sich von dem engen, wie unser „zahlen", auf die Summe und zwar die Geldsumme gehenden zu dem weiteren jeder Art der Befriedigung. Auf diese Entwickelung deutet der in den Definitionen der späteren Zeit hervortretende Gegensatz:

solutionis verbum — magis ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem, l. 54 de solut. (46. 3).

solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet l. 176 de V. S. (50. 16) 47 eod., l. 52. 54 de solut. (46. 3).

Der ältere Begriff steckt noch im Ausdruck datio in solutum.

Ging aber solvere ursprünglich auf die solutio nummo-

rum, behandelte das 26. Buch Ulpian's zum Edict die condictio certi, so stimmt in den Worten:

si quis indebitum ignorans solvit per hanc actionem condicere potest.

Alles mit der Annahme zusammen, daß wir hier die condictio in eigentlicher alter Bedeutung, die auf die Geldsumme gehende actio in personam haben.

Wird also in den oben angeführten Stellen die actio aus dem Darlehen und aus Zahlung einer Nichtschuld als eine und die nämliche betrachtet, so ist das, seitdem oder da auch in die condictio triticiaria die aestimatio eingetreten und diese dadurch von der Darlehensklage unterschieden war, ausschließlich die Rückforderung einer hingegebenen Geldsumme.

Wenden wir uns nun zu unserem Ausgangspunkte zurück. Mit einer solchen Klage auf Rückforderung einer Geldsumme haben wir es in dem Anfange des Titels de condictione sine causa nicht zu thun. Jedoch ist auch das eine species condictionis, si quis sine causa promiserit.

In engerer Bedeutung der Begriffe ist eine solutio indebiti nicht vorgekommen. Vielmehr kam umgekehrt eine obligatio an den Stipulator, gleichwie wenn der Promittent die von ihm versprochene Summe baar erhalten hätte. Von einer Summenklage ist nicht die Rede, aber was und wie wird denn in diesem Falle zurückgefordert?

qui autem promisit sine causa condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem.

Nicht also die Geldsumme wird gefordert, zu welcher Annahme die Natur der ursprünglichen condictio verleiten könnte, sondern die obligatio selbst, diese unkörperliche Sache, welche nicht Summe ist — eine res incerta incorporalis. Quidquid dare facere oportet. Wir stehen hier also an einer

actio incerti. Allein damit haben wir nicht den Sinn der l. 1 erschöpft.

Es bedarf vielmehr zum vollen Verständniß unseres Titelanfangs noch der Erörterung eines andern Punktes. Und zwar gewährt dieser meines Erachtens einen sehr anziehenden Blick in die scheinbar durch eine Kluft getrennten Gegensätze zwischen dem alten civilen Recht, dem strictum simplex asperum und dem römischen jus naturale, dem bonum et aequum und zugleich auf die einfache organische Entwickelung im Römischen Recht.

Die promissio war ein in solennen Worten bestehendes Geschäft, das sehr wahrscheinlich aus dem bei der alten nexi datio vorkommenden ritus entsprungen war — die formelle Seite jenes alten Geschäfts, dessen materielle die mutui datio wurde [12]).

Die diesem Formalcontracte unterliegenden wirthschaftlichen Zwecke konnten natürlich verschiedener Art sein. Es kehren hier die rationes beim Geben wieder. Entweder geschah die promissio als Erfüllung einer bestehenden Schuld, oder bestand keine Schuld entweder Schenkungs halber, ob causam oder aus irrthümlicher Annahme einer Schuld. Ueber eine Modification des letzten Falles wird unten noch zu sprechen sein.

Es ist nun viel darüber gestritten, ob jeder promissio eine causa zu Grunde liegen mußte. Dieser Streit beruhte auf einer Unklarheit über den Begriff, den man mit causa verband, und auf einer Vermengung verschiedener Dinge, die in unsern Quellen freilich neben einander liegen. Zur Ent-

12) Savigny, Syst. V Beil. XIV S. 539 ff. Windscheid, Vorausf. S. 199 Anm. 7. Schmid (Kritik von Liebe's Stipulation), Richter's und Schneider's Jahrbücher Bd. X S. 874.

stehung einer stipulatio bedurfte es selbstverständlich, seitdem sie ein eigenes Geschäft war, keiner vorher bestehenden Schuld. Sie konnte z. B., wie Niemand bezweifelt, dem Zweck der Schenkung dienen. Ebensowenig wird zur Entstehung einer stipulatio das Handeln nach einem vernünftigen wirthschaftlichen Zwecke gefordert. Das hieße, praktisch genommen, eine Präsumtion der Unvernunft statuiren, gegenüber welcher Reinhard's oben besprochene Präsumtion immer noch außerordentlich verständig erscheinen würde.

Aber si is, qui perpetua exceptione tueri se poterat, quum sciret sibi exceptionem profuturam, promiserit aliquid ut liberetur condicere non poterat l. 24 de cond. ind. (12. 6).

Also eine stipulatio entsteht, als Folge einer Schuld oder ohne vorher bestehende Schuld, im Dienste eines vernünftigen Zwecks oder eines unvernünftigen. Sie besteht durch sich selbst. Und eben deshalb konnte allein die condictio einer promissio sine causa möglich werden. Daß sie aber durch sich bestand, hieß nichts Anderes, als daß mit ihr gerade die civile actio condictionis begründet wurde. Sie war eine causa actionis, ein Rechtsgrund dieser Klage [13]. Und gerade darin, daß mit diesem Formalcontracte die Condictionenklage verbunden war, lag, was ich oben nur andeuten konnte, für die Entwickelung des Condictionenrechts ein wichtiger Hebel. Es fragte sich aber, ob diese begründete Klage nicht bei der Entwickelung des Rechts im Falle eines Widerstreits mit der aequitas naturalis unwirksam wurde. Ob in einem Falle, wo auf Grund der irrthümlichen Annahme einer Schuld zur Befriedigung des vermeinten Gläubigers eine pro-

---

13) Die rechtliche Begründung dieser Thatsache siehe bei Savigny am angegebenen Orte.

missio vorgekommen war — etwa wie bei uns ein Wechsel-accept — der Stipulator mit der actio ex stipulatu durchdrang. Hier wurde nun, obwohl im judicio stricti juris eine exceptio doli zugelassen, deren ratio juris war:

ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit,

l. 2 § 2 de except. dol. mal. (44. 4).

Dies war gerade für unsern Fall gedacht:

Circa primam speciem quibus ex causis exceptio haec locum habeat haec sunt, quae tractari possunt. Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit etc.

Eine solche Zulassung der exceptio doli in das judicium stricti juris ist aber zweifellos erst späten Ursprungs. Erst von da an konnte man also gegenüber der civilis ratio, welche die promissio selbst war, von einer promissio sine causa sprechen, einer promissio aus irrthümlicher Annahme einer Schuld, indem nun die bei den dationes bereits wirksam gewordene aequitas naturalis auch hier zur Geltung kam.

Man halte aber fest. Die promissio bestand dem Rechte nach durch sich selbst wie früher, aber sie wurde vor Gericht durch jene sie überwindende naturalis aequitas unwirksam.

Und von hier aus habe ich nur noch einen Schritt zu thun, um zu dem Inhalte unserer l. 1 zu gelangen. Die civilis causa actionis condictionis selbst nämlich, konnte, wenn Jemand wegen irrthümlicher Annahme einer Schuld promittirt hatte, mit einer Klage zurückfordert werden. Versteht man also unter condictio den Rechtsgrund der Klage, so wurde sie selbst condizirt, wie eine Sache im engern Sinne. Ich füge diese letzten Worte hinzu, um gleich den Gedanken nahe zu legen, daß nun auch nach Analogie der verschiedenen

Fälle, in denen eine Sache zurückgefordert wurde, eine obligatio condizirt werden konnte.

Hier genügt es, darauf hinzuweisen, daß alle nicht ex contractu entspringenden Condictionen ex aequo et bono contra rationem civilem eingeführt sind. Zur Anerkennung einer condictio promissi mußte also die ratio stricti juris noch in besonderer Weise überwunden werden. Die condictio sine causa scil. promissi ist nun aber wie die exceptio doli, mit der sie eng verwandt ist, ja von der sie in dem besprochenen Falle sich nur in processualischer, nicht in materieller Beziehung unterscheidet:

l. 2 § 3, l. 4 § 15, l. 7 de dol. mal. exc. (44. 4): wie jene in der Rechtsentwickelung erst späten Datums.

Die condictio sine causa ist also von der condictio indebiti verschieden im Gegenstande der Klage, und nach diesem richtet sich die Unterscheidung der Namen condictio indebiti soluti und condictio indebiti promissi oder sine causa promissi. Die Bezeichnung der letzteren Klage findet sich noch in der l. 31 de cond. ind. (12. 6):

Is qui plus quam hereditaria portio efficit per errorem creditori caverit, indebiti promissi habet condictionem.

Die solutio indebiti ist nichts Anderes als eine datio sine causa, in dem Sinne von Nichtschuld, wobei zum Fundament der Klage natürlich der Irrthum hinzukommen muß. Diese Auffassung der l. 1 des 7. Titels ist der herrschenden entgegen, allein sie ist nicht neu. Ich freue mich, aus der Glosse eine Stelle anführen zu können, welche sie vollständig enthält:

ad legem 1 (12. 7). Datur in promisso condictio sine causa non autem indebiti: quia sine causa competit ad liberationem: condictio autem indebiti ad pecuniam

tantum solutam, ad illam autem dari non potest haec, quia solutum nondum est.

Der Titel 7 de condictione sine causa ist nun nach meiner Ansicht von diesem am Eingang der l. 1 aufgestellten Falle genommen. Beide beziehen sich auf einander. Das Wort promissi wurde aber aus ihm ebenso weggelassen, wie aus dem Titel 6 das Wort soluti. Hierfür spricht, daß fast alle Bezeichnungen von Condictionen von dem Gegenstande entnommen sind, certi, indebiti soluti scil. certi, ob causam datorum, ob turpem vel injustam causam scil. datorum (denn diese Worte wollen nicht etwa den Grund der Klage angeben). Daran reihte sich denn auch unser Titel sine causa promissi. Diese Annahme unterstützt die Stellung der Worte sine causa nach condictio. Ein Verständniß des Titels in dem Sinne von condictio ex sine causa wäre sprachlich und juristisch barbarisch. Für die Richtigkeit dieser Aufstellung werde ich unten noch Gründe vorzubringen haben. Hier muß ich eingestehen, daß dieselbe dem Scheine nach schon bei dem nächsten Schritte vorwärts in Frage gestellt wird. Ich wende mich nämlich zum § 1:

Sed etsi ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est, condictionem locum habere.

Also nicht allein, wenn Jemand wegen irrthümlicher Annahme einer Schuld promittirte, kann ein promissum zurückgefordert werden, sondern auch wenn hier die ratio condictionis causa data causa non secuta eintritt in analoger Weise. Denn, heißt es im § 2 mit dem Versuch einer rechtsphilosophischen Zusammenfassung:

sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore.

Hier werden also die rationes condictionum, welche nicht

aus einem Contract entspringen, generalisirt, in der Absicht, sie für die Rückforderung eines promissum ebenso anzuerkennen, wie sie für die eines datum gelten. Man beachte wohl, daß für zwei dieser rationes bei den condictiones datorum Rubriken bestanden, nämlich die de condictione indebiti und causa data causa non secuta, während die Fälle, wo eine causa dandi in Frage kam, quae finita est, sich nicht in unsern Quellen und also wohl ebensowenig in den Werken der Römischen Juristen und im Edict unter einem eigenen Titel vorfindet.

Der Sinn des letzten § der l. 1 ergiebt sich nun nach dem Obigen einfach. Er birgt wenig von dem, was man in ihn hineinzulegen pflegte. Aus ihm gerade versuchte man zu häufig die Auflösung des selbstgeschaffenen Räthsels von der condictio sine causa:

constat, id demum posse condici alicui quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam.

Nicht etwa die promittirte Summe kann gefordert werden, wie auf Grund der Verwandtschaft zwischen promissio und Darlehen und in Rücksicht auf die Natur der condictio als Summenklage Jemand annehmen könnte, sondern nur das, was aus dem Vermögen des Klägers wirklich kam, das in obligatione esse, die causa civilis actionis selbst wird condizirt. Ulpian drückt dieses im Anschluß an den vorigen § aus:

quod vel non ex justa causa ad eum pervenit — nämlich si ab initio sine causa promissum est,

vel redit ad non justam causam —
nämlich si fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est. Wie aber alle einzelnen §§ dieser l. 1 sich auf den in ihrem Anfange enthaltenen Fall beziehen und den dort angeführten Fall der condictio promissi auf die übrigen

für condictiones datorum anerkannten rationes erweitern, so ist dieser letzte § auch nichts Anderes als eine mit dem ganzen Gang der Stelle in völliger Harmonie stehende erweiterte Wiederholung der Worte:

Qui autem promisit sine causa condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem.

Gegen den Vorwurf der Trivialität in diesem Ausspruch ist aber Ulpian wohl nur bei denen nicht sicher, welche, ohne auf die geschichtliche Rechtsbildung Rücksicht zu nehmen, ihren eigenen Rationalismus im Corpus juris wiedersuchen. Die stipulirte pecunia galt als quasi credita.

l. 5 Cod. de non num. pec.

Savigny a. a. O. S. 533.

Wer mit der actio ex stipulatu klagte, condizirte. Nun drehte sich aber in der condictio promissi die Anschauung völlig herum. Auch der Promittent entäußerte sich mit der obligatio eines Vermögenswerths, den er bei vorliegender irrthümlicher Annahme einer Schuld als ein suum zurückfordern oder excipiendo unwirksam machen konnte, wenn der Stipulator sein suum nach Civilrecht forderte. Und nach dem Rechte der aequitas, wie es dargelegt ist, war und ist nun auch der Satz zu verstehen:

nulla est repetitio ab eo qui suum recepit.

l. 44 de cond. ind. (12. 6).

Ich bemerkte, daß alle einzelnen §§ der l. 1 sich auf den Fall im Anfang beziehen. Nämlich § 1 sed etsi, § 2 sive ab initio sine causa promissum est, § 3 quod vel non ex justa causa ad eum pervenit. Das deutet auf den ersten Fall, als auf den Hauptfall, wahrscheinlich auch als den in der Rechtsentwickelung zuerst anerkannten. Und daraus möchte wohl eine Bestätigung der Annahme des über unsern Titel Gesagten sich ergeben. Gerade an diesen Fall der irr-

thümlichen promissio einer Richtschuld hat man denn auch andere Fälle, wie ich unten zeigen werde, angelehnt.

Wenden wir uns nun zur l. 3:

Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt ut liberentur; nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat, an majorem, quam suscipere eum oportuerit; nisi quod alias condictione id agitur ut omni obligatione liberetur, alias ut exoneretur, veluti qui decem promisit; nam si quidem nullam causam promittendi habuit incerti condictione consequitur ut tota stipulatio accepto fiat, at si, quum quinque promittere deberet, decem promisit, incerti consequeretur, ut quinque liberetur.

Julian behandelt in dieser Stelle denselben Fall, wie Ulpian im Anfang der l. 1: si quis sine causa promiserit, den unser Titel selbst im Auge hat und wahrscheinlich früher im Edict oder in den Werken zum Edict als sine causa promissi völlig angab. Er erörtert die Frage wegen Theilbarkeit der Stipulation, bei theilweise nichtgeschuldeter obligatio. Auch auf diesem Punkte ist der materielle Inhalt der Stipulation zur Geltung gelangt. Die causa actionis civilis kann auch theilweise condicirt werden. Die l. 3 bezieht sich nur auf den Fall des Promittirens wegen irrthümlicher Annahme einer Schuld, diesen vermuthlich in der Uebertragung des Condictionenrechts auf die promissio zuerst anerkannten und im Verkehr und Recht wichtigsten Fall. Allein was sie sagt, gilt überhaupt von den condictiones promissi. Denn heißt es in l. 4:

Nihil refert, utrumme ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quam datum sit, secuta non sit.

Es ist also diese l. 4 in unmittelbarem Zusammenhange mit der l. 3 zu verstehen, und enthält in ganz gleicher Weise

eine Erweiterung und Uebertragung des vorangehenden Gedankens, wie der § 1 und § 2 in der l. 1, auf die andere ratio juris.

Hier ist aber noch eine Schwierigkeit zu überwinden, das Wort dare. Allerdings hat dasselbe auch einen jüngeren generellen Begriff, wie z. B. in operam dare. Allein trotzdem wäre nicht zu bestreiten, daß gerade an dieser Stelle, wo die im Gegensatze zu den condictiones datorum stehenden condictiones promissi besprochen werden, dieses Wort unpassend gewählt wäre. Man beachte aber, daß diese Worte von den Compilatoren aus einer Schrift African's — wo sie zweifellos nicht auf condictiones promissi gingen — nur zu dem Zweck hier an die l. 3 gestellt sind, um deren Sinn auf die ratio der condictio causa data causa non secuta zu erweitern. Die Beibehaltung des Worts dare, und weiter ist es augenscheinlich Nichts, kann hier somit nicht an der angegebenen Interpretation irre machen. Es kommt hinzu, daß zu Justinian's Zeit die Entwickelung des Condictionen-Rechts lange schon abgeschlossen war, und nun die in der Ausbildung desselben als Gegensätze auftretenden Gedanken nur noch friedlich neben einander gesehen wurden. Das Edict und mit ihm die Commentare dazu enthielten in ihrer Zusammenstellung des Stoffs die bestimmtesten Einwirkungen der geschichtlichen Entwickelung des Rechts. Zu Justinian's Zeit war das zu einem chaotischen Haufen von Einzelnheiten geworden. So in unserem Condictionenrecht. Das alte Fachwerk wurde im Corpus juris vielfach gewahrt. Theils mochten die Stellen ihre Rubriken mit sich bringen, indem sie sich auf einander bezogen, und so uns erhalten bleiben, mag sich die Kenntniß ihrer geschichtlichen Bedeutung bei den Compilatoren verhalten haben, wie sie wolle. Theils mochten aber auch legislatorische Gründe die Versetzung von Frag-

menten zur Folge haben. Denn der Zweck der Compilation ging auf ein Zusammenfassen des geltenden Rechts, nicht auf eine Rechtsgeschichte. Es würde aber meiner Ansicht nach ein Anstoßnehmen an dem Worte dare in unserem Falle für die Compilatoren eine inhaltslose rechtsgeschichtliche Spitzfindigkeit gewesen sein.

Hier regen sich jedoch zweierlei Zweifel an der Haltbarkeit der vorstehenden Erörterung. Es läuft nämlich der Gedankengang immer mehr darauf hinaus, daß zu Justinian's Zeit die besondere Unterscheidung der condictio promissi veraltet, zu einer Tradition geworden sei. Warum aber, wenn das der Fall war, behielt man sie dennoch bei? Nach meiner Meinung aus demselben Grunde, aus dem man sich überhaupt an die Ordnung des Edicts hielt, und aus dem besonderen, weil die l. 1 ihre Rubrik, wie eine Schnecke ihr Haus, über sich trug. Aber, könnte man fragen — und diese Frage scheint mir schwieriger zu sein — warum, wenn man einmal die Rubrik beibehielt, subsumirte man nicht alle Fälle einer condictio promissi oder doch im Besonderen einer sine causa oder indebiti promissi darunter? Und wirklich giebt es unter den Titeln de condictione indebiti und causa data causa non secuta noch eine Reihe von Rückforderungen einer Obligation,

vergl. l. 4. 7. 9. § 1, l. 10 de cond. causa (12. 4).
l. 6. 24. 31. 32 § 3, l. 47. 48. 49 de cond. ind. (12. 6).

Die Gesichtspunkte zur Beurtheilung dieses Einwandes sind im Vorigen angegeben. Ich werde meine Ansicht, jedoch ohne ihr mehr als Wahrscheinlichkeit zu vindiciren, vorlegen.

Unter den condictiones promissi war die erste und wichtigste die sine causa vel indebiti promissi. Sie wurde, auf der gleichen ratio mit der condictio sine causa oder indebiti

soluti ruhend — insofern das den Grund der Klage, nicht den Gegenstand bedeutet — dieser im Edict oder doch in den Werken der Juristen zum Edict angehängt, so daß diese zwei Titel indebiti soluti und indebiti vel sine causa promissi nur den Objecten der Klage nach sich unterschieden. Da nun unter dieser Rubrik gerade von der Rückforderung des promissum gehandelt wurde, so lag nahe, hier auch über die Fälle, wo aus andern rationes Obligationen condizirt wurden, zu sprechen. Und so macht es Ulpian in der l. 1. Aus seinen Werken ist nun aber für das Condictionenrecht der Stamm von den Compilatoren genommen. Nachdem Ulpian den Titelfall behandelt hat, knüpft er die anderen Fälle an. Zerrissen werden konnte das Fragment nicht, ohne seine einzelnen Theile unverständlich zu machen. Unter einen der anderen Titel konnte es nicht schicklich gesetzt werden. Aber nicht deshalb, weil noch immer die Besonderheit des Gegenstands der Klage eine Unterscheidung festhielt. Die war vielmehr antiquirt. Sondern weil sich der Anfang auf den Titel bezog, und dann verschiedene rationes von condictiones zusammengestellt wurden. Also nicht so sehr, weil noch der Gegenstand der Klage ein besonderer, als obgleich er ein solcher nicht mehr war, blieb der aus de condictione sine causa promissi gekürzte Titel stehen. Die l. 3 wurde als eine gerade diesen besonderen Gegenstand der Klage ex professo behandelnden hinzugefügt. Die l. 4 ist lediglich ihr Anhängsel.

Wie steht es aber um die leges 2 und 5? Gehen wir nun zuerst zu ihrer Interpretation.

l. 2. Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis iis domino pretium ex locato conventus praestiterit, posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium? Et ait Cassius, eum non so-

lum ex conducto agere, verum condicere domino posse; ego puto, ex conducto omnimodo eum habere actionem. An autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit? Nisi forte, quasi sine causa datum, sic putamus condici posse; etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur.

Wir haben es hier mit Rückforderung einer Geldsumme, nicht mit einer condictio promissi zu thun. Der fullo zahlte nicht indebite oder sine causa, sondern er gab auf Grund eines Urtheils aus der Miethklage. Ait Praetor condemnatus ut pecuniam solvat l. 4 § 3 de re jud. (42. 1). Windscheid freilich behauptet, diese Stelle könne nicht so verstanden werden (a. a. O. S. 13), denn gegen eine res judicata könne nie eine condictio vorkommen. Allein diese Behauptung ist eine unbewiesene petitio principii. Der Fall nämlich könnte in dreifacher Art gedacht werden. Entweder zahlte der mit der Miethklage belangte fullo, indem ein Urtheil und weil ein solches gegen ihn vorlag, oder er in jure confitirt hatte oder vergleichsweise [14]). Die confessio in jure steht nun aber der res judicata an Wirksamkeit gleich. Rücksichtlich eines Vergleichs haben wir ein ebenso entschiedenes Princip, das die Condiction ausschließt, wie für die res judicata: et quidem quod trans-

14) [Anmerkung der Redaction. Warum der Verf. die Zahlung während des Processes unter den Gesichtspunkt des Vergleiches bringen will, vermögen wir nicht abzusehen. Der belangte Schuldner zahlt, um die ursprüngliche Schuld zu tilgen, weil er sich inzwischen von deren Dasein überzeugt hat, er zahlt die ganze Summe. — Warum nun diesem seinem auf Tilgung der ursprünglichen Verbindlichkeit gerichteten Willen eine andere Absicht unterschieben? Wenn dies bei einer Zahlung nach der Litis contestatio nöthig und statthaft ist, warum nicht auch bei Zahlung vor Ausbruch des Processes, d. h. also bei jeder Zahlung?]

actionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur l. 65 de cond. ind. § 1. Auf ein vergleichsweise geschehenes Zahlen deutet aber in unserer l. 2 auch nicht ein Wort, und so schließe ich mich der Ansicht des Cujaz als der richtigen an:

Ergo adhuc est unus casus, quo solutum ex causa judicati condici potest. Alius casus et lex cod. ex fals. instrum.

Der fullo kann also das ex causa judicati Gezahlte in diesem Falle zurückfordern. Wie wenn Jemand indebite oder sine causa promittirt und unter dem fortdauernden Irrthum gezahlt hätte. Auch hier hätte er ex causa obligationis bezahlt. Ein Irrthum liegt aber nothwendig dem Sachverhalt der l. 2 zu Grunde, der nämlich, daß die Kleider nicht mehr vorhanden seien, welche sich doch nachher wiederfinden. Die vermeinte causa aber war bereits durch die in der res judicata liegende novatio beseitigt. Die in der Mitte stehende res judicata besteht durch sich selbst, unabhängig von den Gründen, welche sie herbeiführten, ebenso wie die promissio.

Wenn nun doch hier eine condictio zugelassen ist, so beruht das auf einer Aeußerung der aequitas, von welcher Kierulff für das Römische Recht treffend bemerkt: „das eben ist der Begriff von aequitas, daß sich das nicht in abstracto sagen läßt".

Ein solcher Fall aber konnte sich nur höchst selten ereignen, da dieselbe Richtung auf die aequitas, aus denen die nicht aus Contracten entspringenden Condictionen hervorgingen, in den Gerichten selbst herrschte.

Das Gemeinsame der condictio sine causa promissi und dieses Falls liegt auf der Hand. In beiden liegt die Ueberwindung einer formellen causa vor. Materiell lehnt sich der zweite an eine irrthümliche Zahlung einer Richtschuld

quasi sine causa datum videtur. Es sind dies erst spät errungene Siege des jus bonum et aequum über das jus strictum, simplex, asperum, ja im Falle der l. 2 hilft sogar eine zur Anerkennung kommende aequitas juris der aequitas judiciorum aus. Damit ist allerdings das Princip nicht über den Haufen geworfen, das wir vielmehr noch im Codex l. 1 de cond. ind. finden.

Diese formzersprengende Kraft der naturalis ratio ist für das Civilrecht allmählig zerstörend geworden. Der enge Grundbau des Condictionenrechts ist durchbrochen und über ihm liegt im Corpus juris ein reiches Material, das wir nutzen müssen, aber nicht zum Zweck, auf dem alten Grundriß zu bauen, um das Römische Recht wieder herzustellen, sondern nur, indem wir für unser Recht die Fähigkeit des Construirens uns daher aneignen.

Schließlich l. 5:

Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit, neque nupsit; an eandem repetere possit, quaesitum est. Dixi, quum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem, et in delicto pari potiorem esse possessorem; quam rationem fortassis aliquem secutum respondere, non habituram mulierem condictionem. Sed recte defendi, non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse, quum pecunia, quae daretur, in dotem converti nequerit; non enim stupri sed matrimonii gratia datam esse. § 1. Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit; cessare condictio prima facie videtur, quoniam jure gentium incestum committitur; atqui vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit. Condictio igitur competit.

Auch hier handelt sich es um ein datum, nicht um ein

promissum. Es ergiebt sich also aus ihr und der l. 2, daß — falls die Aufstellung über den Titel, die ursprüngliche Bedeutung desselben und sein Vorhandensein in den Digesten richtig war — für die Compilatoren das Charakteristische der Rubrik nicht mehr in der Besonderheit des Gegenstands der Klage lag, einem promissum. Diese Fragmente 2 und 5 zeigen vielmehr, daß sie dieselbe für geeignet hielten, um ein Paar singulärer sich an die ratio condictionis indebiti anlehnender Fälle zusammenzustellen. Und einen solchen enthält denn auch l. 5.

Von irrthümlicher Annahme einer Schuld war nicht die Rede, ebensowenig davon, daß der Onkel ex injusta causa das Geld erhielt. Wurde aber nicht etwa ob causam gegeben? Diese und die daran sich schließenden Fragen behandelt Papinian. Und allerdings gab das Mädchen, wenn wir auf ihren Willen Rücksicht nehmen, ob causam, dagegen, wenn wir das Rechtliche in's Auge fassen, schlechterdings nicht Eine der ratio juris zuwiderlaufende causa, ist nur eine scheinbare, in Wirklichkeit ist sie nicht. Von einer causa data causa non secuta kann hier also nicht die Rede sein. Eine Zweckbestimmung beim Geben, die dem Gegebenen als lex beiwohnen soll (lex suae rei dicta), ist nur wirksam als eine rechtlich mögliche. Ist aber die causa, derenthalben das Geld gegeben zu sein scheint, in Wirklichkeit ohne Dasein, so kann natürlich auch nicht von einem Geben zu einem unsittlichen Zwecke die Rede sein. Der Wille war thöricht, weil ohne Rücksicht auf die ratio juris, aber nicht unmoralisch.

Das bloße Nichtvorhandensein einer Zweckbestimmung beim Geben ist nun aber nicht etwa an sich ein Grund zur Condiction, sondern vielmehr könnte es nur dafür ein Grund sein, daß eine Condiction

ausgeschlossen sei. Papinian sagt deshalb auch nicht nullam fuisse causam mit Rücksicht auf die bewegende ratio actionis, sondern um zu verneinen, daß eine datio ob turpem causam vorliege, wobei ebenfalls die condictio ausgeschlossen wäre.

Daß dennoch hier eine condictio vorgekommen ist, enthält eine Ausnahme von der Regel, wonach der contra rationem juris Handelnde nicht geschützt wird.

Und der Grund dieser Ausnahme ist zweifellos die billigerweise zu gewährende Entschuldigung des Rechtsirrthums. Ein solcher nämlich lag vor, indem ja das Mädchen die Absicht, das Geld zum Ehezwecke zu geben, nicht hätte hegen können ohne die irrige Annahme, zwischen ihr und dem Onkel sei eine Ehe möglich. Der Onkel aber, welcher das Geld in dotem annahm, war in gleichem Verhalten gegen das Recht. Papinian sagt nun in demselben Werke, aus welchem die l. 5 genommen ist,

juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.

l. 7 de jur. et fact. ign. (22. 6).

und an einer andern Stelle — juris autem error nec feminis in compendiis prodest, ceterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet. l. 8 eod.

Obwohl nun allerdings kein bestehender Rechtsgrund den Onkel obligirte ad dandum, so wurde hier doch bei einem für das Mädchen entschuldbaren Rechtsirrthum, unter dem sie nach ihrer Meinung eine datio ob causam vorgenommen zu haben glaubte, sie gleichsam in integrum restituirt, und ihr die Rückforderungsklage gegeben. Gehören die Frauen doch auch zu den simplicitate gaudentes, welche Paulus im § 1 der l. 25 de prob. durch eine Präsumtion, sei es nun nur der Entschuldbarkeit des Irrthums oder auch zugleich, wie

es scheinen möchte, des Vorhandenseins eines Irrthums (!!) geschützt wissen will. Nach der Interpretation der Titelstellen ist es aber nicht möglich und ergiebt sich namentlich nicht aus den besprochenen Stellen, daß der Umstand, daß Etwas ganz ohne Grund in eines Andern Vermögen kommt — also lediglich ein negativ qualificirtes Factum — das Princip der Rückforderungsklage gewesen ist oder sein kann. — Wir haben es hier vielmehr zunächst nur noch mit Einzelnfällen, die aus den früheren nach Gegenstand und Rechtsgründen engeren Gränzen des Condictionenrechts herausgetreten sind, zu thun. Wir finden „den Entscheidungsgrund" — wie Kierulff in seiner meisterhaften Einleitung zur Theorie des Civilrechts von der römischen Jurisprudenz generell sagt — „nur in der Concretion eines bestimmten Falls, in der Anschaulichkeit eines casus" in unsern Fragmenten. Unsere Aufgabe ist die geistige Bezwingung der vorhandenen Mannichfaltigkeit des Rechts, zu der es aber einer Durcharbeitung der Rechtsentwickelung der letzten Jahrhunderte, und also nicht nur einer Kenntniß der Römischen Rechtsentwickelung, sondern ebenso des einheimischen Rechts bedarf. Mit solch' einer Aufgabe hat diese Arbeit nichts zu thun.

Von den Ansichten Thibaut's, Vangerow's, Puchta's über die condictio sine causa liegt die hier entwickelte weit ab. Auch Savigny's Erörterungen über diese Klage — wie immer bahnbrechend sie waren — sind nach meiner Ansicht falsch. Denn nicht ein einziger Fall in unserem Pandectentitel enthält das Princip, welches er ihr unterlegt. Dagegen freue ich mich, Wächter's Autorität für mich zu haben, der freilich abweichend im Einzelnen hervorhebt:

„Außerdem giebt es noch Fälle eines zur Rückerstattung

verpflichtenden Habens ohne Grund, welche nicht unter die bisherigen Kategorieen fallen."

Erörterungen, Erörter. 11 S. 98.

Daß außer in unserm Titel in den Digesten der Name der condictio sine causa vorkommt, ist mir nicht bekannt. Dagegen findet sich manchmal bei Entscheidungen von Condictionenfällen angeführt, Dieses oder Jenes sei nun sine causa oder quasi sine causa. Solche Stellen finden sich zerstreut und sind die wichtigsten im Anfang dieser Schrift mitgetheilt. Zuerst l. 11 § 6 de A. E. et V. (19. 1). Es soll hier nicht eine actio in rem eintreten, was der Fall wäre, wenn das Eigenthum des Ringes bei dem Gebenden verblieb, sondern in personam. Der Ring wurde mit einer Zweckbestimmung gegeben, ob causam, jedoch nicht zu einem einseitig von dem Empfänger zu erfüllenden Zweck, sondern umgekehrt die Erfüllung seitens des Gebers zu sichern. Dieser Zweck, der beiderseitig als ein vorübergehender in der Zeit gewollt war, wirkte als Grund des Gebens. Nach der Erfüllung dieses Zwecks hatte der Verkäufer den Ring gegen die lex rei dicta. Es wird aber dieser Fall der ratio condictionis causa data causa non secuta mit einem quasi angereiht. Lag die Zweckerfüllung nämlich beim Empfänger, und erfolgte sie von dieser Seite nicht (causa non secuta), so wurde condizirt, und hatte der Geber dem Empfänger gegenüber sich selbst eine Zweckerfüllung gesetzt und erfüllte wirklich, so wurde ebenfalls condizirt (causa finita). Im ersten Falle ist die Erfüllung seitens des Empfängers Voraussetzung des Habens. Mit ihrer Nichtbeachtung tritt die condictio ein. Im zweiten Falle ist die Nichterfüllung des Gebers Voraussetzung des Habens. Mit ihrer der Absicht gemäßen Beendigung tritt ebenso die Rückforderung ein. Der Grund der Klage liegt also in beiden

Fällen in dem Willen der Parteien bei der datio. Dieser ausdrücklich oder in der Handlung selbst offenbar ausgesprochene Wille gilt aber dem, statt der bestimmten Form den Inhalt des Geschäfts berücksichtigenden, Rechte für die lex rei suae dicta.

Fast ganz gleich liegt der Fall der l. 3 § 5 de Collat. (37. 6). Die beiderseits gewollte Voraussetzung der Stipulation und selbst, wenn er aus dieser erfüllte, der Zahlung ist der Antritt der bonorum possessio und die Nichtwiederausgabe derselben. Hat Jemand aber ex causa oder ob causam Etwas unter einer bestimmten Voraussetzung, welche eng mit dem wirthschaftlich vernünftigen Zweck des Geschäfts zusammenhängt, so ist dann beim Wegfall des Vorausgesetzten — das Haben im Widerspruch mit dem Parteiwillen — ein solches quasi contra legem rei dictam und wird der Gegenstand deshalb condizirt.

Ebenso haben wir in der l. 50 de Jure Dot. 23. 3 einen Gegenstand, der dem negotium contractum zuwider vom Manne besessen wird.

In allen diesen Fällen ist also der Parteiwille der Grund der Anerkennung der condictio, nicht ein negativ qualificirtes Factum. Sie stehen aber nicht unter der Rubrik de condictione sine causa, sondern enthalten nur den Ausdruck sine causa in ihren Argumenten. Sine causa ursprünglich gleich indebite, nur mit Rücksicht auf das Nichtvorhandensein einer causa praeterita, einer Schuld, gebraucht, findet sich dann auch analog gebraucht beim Nichteintreten einer dem Empfänger gesetzten causa, des wirthschaftlichen Zwecks, welcher beiderseits als Voraussetzung gedacht wurde, und schließlich beim Eintritt einer Handlung seitens des Gebers, deren zeitweiliges Nichteingetretensein als Voraussetzung

angenommen war. Also ähnlich einer Suspensiv- und Resolutivbedingung.

Der Sinn der l. 66 de Cond. ind. (12. 6), wo die Worte sine causa nur so viel als indebite bedeuten, ist aber dieser. In der l. 65 war der Begriff von indebitum ausführlich besprochen. Es heißt da im letzten § (9), daß es nicht darauf ankomme, ob überhaupt nichts geschuldet werde, sondern wenn auch (natürlich irrthümlich) von dem Unrechten oder an den Unrechten gezahlt sei, so sei das ein indebitum. Und ganz denselben Gedanken wiederholen die Compilatoren in der abgerissenen Stelle Papinian's, in welcher dieser sagt, die condictio indebiti soluti gehe auf das, was sich in dem Verhältniß zweier bestimmten Personen zu einander als Nichtschuld — auf diesen letzten Worten liegt also nicht der geringste Nachdruck — herausstelle.

Damit schließe ich die Bemerkungen über das Pandektenrecht.

Ich wende mich nun zum Codex-Titel De condictione ex lege et sine causa vel injusta causa (4. 9). In Rücksicht auf ihn giebt es Varianten, und möchten verschiedene Gründe die gegebene Lesart zweifelhaft erscheinen lassen. Allein mit etwaigen Conjecturen würde bei der Art, wie in dieser späteren Kaiserzeit das Condictionenrecht behandelt wurde — selbst die Möglichkeit, sie im hohen Grade wahrscheinlich zu machen, vorausgesetzt — kaum etwas gewonnen werden.

Die ursprüngliche Natur der actio condictionis war durch die Nachbildungen und Erweiterungen, sowie durch die Umbildungen im Prozeßverfahren verdeckt, und der Kreis von vormaligen rationes condictionis durch Gesetze der Kaiser willkürlich erweitert.

Schon Diocletian und Marcian, von welchen alle

4 Constitutionen des fraglichen Titels herrühren, gingen so vollständig unbekümmert um die ursprüngliche Natur der condictio einseitig von einer modernen naturalis ratio aus — und mit dieser Periode des vorherrschenden Naturrechts löst sich das ältere Römische Recht mehr und mehr auf, während eine solche bei uns am Anfange einer wesentlich productiven Epoche steht, — daß sie in const. 3 de cond. ind. (4. 5) so argumentiren:

Quum et soluta indebita quantitas ab ignorante repeti possit, multo facilius quantitatis indebitae interpositae scripturae condictio competit vel doli exceptio agenti opponitur.

Das schneidet von vornherein den Gedanken ab, hier noch das promissum als einen besonderen Gegenstand der Rückforderung aufgeführt zu finden. Statt ihrer, als eines bloß mündlichen Geschäfts, tritt auch immermehr zwischen Schuld und Zahlung eine scriptura. — Wir haben es nun in const. 1 offenbar mit einer condictio ex lege und in const. 3 mit einer Rückforderung dessen, was der Beklagte in Folge einer injusta causa hat, zu thun. Dagegen möchte in Rücksicht auf const. 2 und 4 die Bezeichnung sine causa im Titel sich finden, wenn nicht etwa nur umgekehrt, weil dieser alte Titel existirte und beibehalten werden sollte, jene Stellen hier stehen.

Const. 2 lautet so:

Dissolutae quantitatis retentum instrumentum inefficax penes creditorem remanere, et ideo per condictionem reddi oportere, non est juris ambigui.

Es war oben bei der alten Condiction von der Gleichheit zwischen Sache und ihrem Werth die Rede. Ich füge hier nachträglich die Bemerkung an, daß an Stelle des eigentlichen Sachwerths sich bereits lange der Begriff des Interesses

festgesetzt hatte und ausgebildet war. So definirt schon Ulpian bei Gelegenheit, wo eine zurückverlangte Sache nicht restituirt werden kann,

quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est.

l. 68 de R. V. (6. 1).

Jhering, Geist des Röm. Rechts II S. 111.

Die Urkunde erhielt der Gläubiger in Folge einer justa causa. Es war so zu sagen ihr wirthschaftlicher Zweck, weshalb sie gegeben wurde, die Sicherstellung des Empfängers. Dieser Zweck aber wohnte der Urkunde vom Augenblick der Zahlung an nicht mehr bei, und so trat nach Wegfall der von beiden Theilen gewußten und gewollten Voraussetzung, unter der der Empfänger sie hatte, wie nach Beendigung einer Resolutivbedingung die Rückforderung ein. Eine wirkliche Bedingung lag nicht vor, weil das Erfolgen der Zahlung rechtlich betrachtet keine res incerta war. Principiell hat neuerdings den Gedanken dieses Falls, sowie der aus dem Pandektenrechte zuletzt angeführten Fälle Windscheid mit Scharfsinn in der oben genannten Schrift über die Voraussetzung entwickelt.

Wie kommt hier aber diese ratio condictionis unter die Titelbezeichnung sine causa, oder umgekehrt diese über jene? Statt einer einfachen Antwort muß ich mich auf eine Darlegung einiger Gesichtspunkte beschränken.

Im Pandektentitel, der ja bei der praelectio repetita den Compilatoren vorlag, finden sich Fälle, die von den bisherigen Condictionen wesentlich abwichen, sei es im Gegenstande, — und durch diese Verschiedenheit entstand gerade die Rubrik und ihre Bezeichnung —, sei es im Rechtsgrunde. Durch den Hauptfall der condictio sine causa promissi lehnt sich aber der Titel vollständig an den vorhergehenden

an, also an die Rückforderung der gezahlten Richtschuld — des sine causa datum oder indebitum. So fand es sich wahrscheinlich sowohl im Edict wie in den Werken dazu vor. Der enge Begriff von Richtschuld erweiterte sich aber bereits bei den späteren Autoren von Fragmenten in den Digesten. Während er sich ursprünglich auf eine causa praeterita bezieht, und also, faßt man die subjective Seite der Parteien in's Auge, die Voraussetzung einer Schuld bei der sine causa datio ermangelt, so war nun auch wegen objectiv nachfolgender Ermangelung der Voraussetzung eines von beiden Theilen beabsichtigten und bei Beendigung eines seiner Natur nach temporären Zwecks eine condictio anerkannt. Für diesen Fall paßte weder die Rubrik causa data causa non secuta noch auch die indebiti. Wo sollte man also hin mit den Fällen der ratio si fuit causa, quae finita est? In den Pandekten finden wir, wie ich gezeigt habe, solche zerstreut, aber nicht unter dem Titel 7 im 12. Buche. Sie enthalten meistens in ihrer Argumentation den Ausdruck sine causa, der sich über den Begriff der Ermangelung einer vorausgesetzten Schuld erweitert hatte. Ja, Versuche, rechtsphilosophisch dem Begriffe von sine causa die nahe verwandten anzuschließen, lagen vor — und zwar gerade unter dem Pandektentitel de condictione sine causa. Ich meine die Stellen: sive ab initio sine causa promissum est sive fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore;

und l. 4. Nihil refert etc.

Also was war natürlicher, als für diese Fälle si fuit causa, quae finita est, welche nicht recht unter die Rubrik von indebiti, ebensowenig unter die causa data causa non secuta sich schickten — für welche letztere im Codex gesetzt wurde ob causam datorum — die Bezeichnung des Titels, der in den

Pandekten als Anhang aushalf, und damit den an manchen Stellen dort gebrauchten Ausdruck sine causa in das Rubrum mithineinzustellen? Und will denn daraus Jemand ableiten, daß principiell, wenigstens in späterer Zeit unter dem Ausdruck sine causa jene specielle ratio si fuit causa, quae finita est verstanden sei, so ist an sich dagegen wohl nur einzuwenden, ob denn überhaupt diese Rubriken sich nicht vielmehr wie stehen gebliebene alte Rahmen den Compilatoren aus den früheren Werken aufdrängten, als daß sie sich als klar gedachte prinzipielle Unterscheidungen darstellen. Ich möchte also schließlich Reinhard in seiner Gleichgültigkeit gegen die Rubriken nicht unrecht geben, nur halte ich sie ohne Begründung von vornherein für Willkür. Der Titel 9 in der Lesart De condictione vel ex lege vel sine causa vel injusta causa erinnert etwa an das Wort von Terenz (Eunuch):

Hanc tu mihi vel vi, vel clam vel precario fac tradas, wo auf die Verschiedenheit der Mittel ein sehr geringes Gewicht gelegt wird.

Die l. 4 in unserem Titel weicht von der l. 2 wenig ab:

„Si non est numeratum, quod velut accepturum te sumsisse mutuo scripsisti, et necdum transiisse tempus statutum vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando, reddi cautionem praesidali notione postulare potes.

Vergl. const. 7 de non num. pec. (4. 30).

Vangerow[15]) meint fälschlich, hier läge eine condictio causa data causa non secuta vor. Denn der voraussichtliche Schuldner giebt die Urkunde nicht zu dem Zwecke, damit ihm das Geld ausbezahlt werde, sondern unter der Voraus-

15) Lehrbuch der Pandekten B. 3 § 626 (Aufl. 6 S. 423).

setzung, daß der Empfänger das Geld geben wird. Die Urkunde wird demnach hingegeben, indem die Zahlung als geschehen im Geiste anticipirt wird. Auch hier ist nicht unter einer Bedingung gegeben. Denn die Auszahlung wird nicht nur nicht als ungewiß gedacht, sondern sie ist sogar der Grund der Hingabe. Diese causa ist der Wirklichkeit nach erst eine zukünftige, der Behandlungsweise der Parteien gemäß eine bereits vorhandene. Diese somit als bestehend fingirte causa fällt mit dem Ablauf der zur Auszahlung gesetzten Frist weg. Die Voraussetzung des Geschäftszwecks ermangelt, und so wird auch hier condizirt.

Es kann nach römischem Rechte m. E. nicht Alles, was aus des Klägers Vermögen in das des Beklagten kommt, condizirt werden, wenn solches ohne allen Grund geschah, oder der Grund nachher wegfiel, sondern nur das, was gegeben ist unter einer von beiden Parteien gewußten und gewollten Voraussetzung, die sich aus dem vernünftigen Geschäftszweck von selbst ergiebt, im Falle ihrer Ermangelung.

Eine Andeutung für unser Recht möge mir hier noch gestattet werden. Die Ordnung der Pandekten wird im Allgemeinen weder in den Hörsälen, noch in den Lehrbüchern beobachtet; vielmehr faßt man das Recht zusammen in Systeme nach der herrschenden ratio, und es braucht nicht gesagt zu werden, daß die naturalis ratio bei den Römern eine andere war als bei uns, und daß sie eine mit der gesammten Ausbildung des Volks und im Besonderen mit der Entwickelung des Verkehrslebens eng zusammenhängende ist, die wächst, sich verändert und wieder abstirbt.

Nichtsdestoweniger werden nun die schon in ihren Namen eng mit der Entwickelung des Römischen Rechts zusammenhängenden Condictionenrubriken beibehalten. Dies steht meines Erachtens einer richtigen Theorie der Rückforderungsklage in personam für unser heutiges Recht im Wege.

Sogar noch Errleben, dessen Fleiß und Genauigkeit bewundernswerth erscheinen, hält an der alten Eintheilung des Edicts fest, obschon er einen generellen Titel „Condictiones sine causa" seinem Werke vorstellt. Als ob damit dem Bedürfnisse unseres Rechts genügt würde? Trotz der Versuche, die schon von einem und dem andern klassischen Juristen gemacht wurden, diesen Begriff als einen den eigentlichen engen Kreis durchbrechenden zu behandeln und philosophisch einheitlich zusammenzufassen:

vergl. l. 65 de cond. ind.

und unsere l. 1 § 2 de cond. sine causa

konnten sie doch von der Synthese der einzelnen Fälle nicht abkommen, und so wird auch heutzutage mit einer Beibehaltung der Pandectenrubriken eine wissenschaftliche Durcharbeitung dieser Lehre nicht möglich sein.

Schon mehrere Male habe ich Windscheid's „Voraussetzung" genannt, und meiner Ansicht nach ist die darin angewendete Behandlungsart die einzig fördernde.

Aber welchem Princip Jemand folgen möchte, wenigstens sollte er die irreführende Bezeichnung sine causa weglassen. Ihre engere Bedeutung ist gleich indebite, „ohne daß eine Schuld bestand", wo der Grund den Klage die irrige Voraussetzung der Schuld ist; nie meint sine causa im Römischen Recht so viel, als daß das Nichtvorhandensein eines Grundes zum Geben der Grund einer Rückforderung abgebe. Im Titel 7 Buch 12 standen die Worte sine causa dem besonderen, die Rubrik ursprünglich individualisi-

renden Gegenstande vor, dem promissum. Die Besonderheit ist lange weggefallen. Die stipulatio aber mit ihrer civilen Natur gegenüber der aus der naturalis ratio hervorgehenden Rückforderung einer sine causa promissio ist eine römische Antiquität.

II.

Ueber Kompensation der Kulpa.

Von

Demelius,

ordentlichem Professor des römischen Rechts in Krakau.

In vielen Fällen, in denen es sich um Leistung des Interesse handelt, ist das Verhältniß ein derartiges, daß auf Seiten beider Parteien, des Klägers wie des Beklagten, Verstöße gegen die rechte Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit vorliegen. Hier entsteht dann immer die Frage, inwieweit die konkurrirende Schuld des Klägers auf die Haftpflicht des Beklagten von Einfluß ist. Und wo nun die sonst begründete Ersatzverbindlichkeit des letzteren aus solchem Grunde ganz oder theilweise zu verneinen ist, hört man dafür häufig die Ausdrucksweise, daß gegenseitige Verschuldung, dolus oder culpa, sich compensiren [1]). Dieser Ausdruck, wie das mit

1) Vgl. z. B. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 2. Aufl. Thl. II S. 339 f.: „Wenn zwei Kontrahenten sich gegenseitig in Kulpa befinden, so hat rücksichtlich der dadurch erwachsenen Forderungen soweit Kompensation Statt, als sie einander erreichen. Gegenseitiger Dolus in derselben Richtung und in Beziehung auf denselben Gegenstand schließt den von jeder Seite daraus erhobenen Anspruch aus, ebenso wird der Anspruch aus Kulpa von der einen Seite aufgehoben, wenn dieser ein Dolus von der anderen gegenüber

ihm bezeichnete Verhältniß geben nach mancher Seite hin zu denken. Eine der hier einschlagenden juristischen Erscheinungen hat in der letzten tüchtigen Arbeit über die Leistung des Interesse, von Fr. Mommsen Berücksichtigung gefunden. Indessen wird sich zu dem, was Mommsen über diesen Punkt an Aufklärung giebt, noch Einiges nachtragen lassen. Und überhaupt wird es von Interesse sein, alle die ziemlich verschiedenartigen Erscheinungen, an welche sich bei dem Ausdrucke „Kompensation der Kulpa" denken läßt, zusammenzustellen, die juristische Natur der einzelnen zu untersuchen und darnach zu bestimmen, inwieweit jene Bezeichnung als eine das Wesen derselben wirklich treffende erscheint.

Sehr einfach zunächst ist das Wesen derjenigen Fälle, bei welchen sich aus beiderseitigen Kontraktswidrigkeiten Gegenansprüche ergeben, welche dann ganz im gewöhnlichen Sinne des Worts zur Kompensation gelangen, z. B. Verzugszinsen, die der Käufer und Entschädigung wegen mangelhafter Ablieferung der Waare, welche der Verkäufer zu leisten hat. Hier treten ganz die Regeln über Kompensation zweier Forderungen ein, und der Grund, warum diese Fälle hier Erwähnung verdienen, liegt nur darin, daß es ein und dasselbe obligatorische Verhältniß ist, aus dem beide entspringen. Auf einen derartigen Fall bezieht sich l. 10 de compens. von Ulpian:

Si ambo socii parem negligentiam societati ad-

---

steht, nicht aber aus letzterem, wenn dagegen ein Einwand aus ersterer möglich ist." — Die letzte derartige Aeußerung bei Ihering in diesen Jahrbb. IV S. 85 a. E. „Hier scheint sich die culpa in contrahendo auf seine Seite zu neigen, jedenfalls aber eine Kompensation der beiderseitigen culpa eintreten zu müssen."

hibuimus, dicendum est, desinere nos invicem esse obligatos, ipso jure compensatione negligentiae facta. Den Sinn dieser Stelle will Dernburg [2]) folgendermaßen wiedergeben: „Wenn beide Gesellschafter gleich leichtsinnig sind, gleich die Geschäfte vernachlässigen (der eine den Tag auf der Jagd zubringt, der andere in die Bäder reist), so wird ihre Verschuldung auf das Minimum zurückgeschraubt. Keiner kann von dem andern Ersatz des durch die Nachlässigkeit verschuldeten Schadens verlangen; er gilt für kompensirt, wenn auch der durch den einen veranlaßte Verlust Tausende, der dem andern zur Last fallende nur Hunderte betrug."

Diese Erklärung, nach welcher das „par negligentia" auf den Grad der negligentia geht, demnach die culpa selbst, nicht die auf derselben beruhenden Verbindlichkeiten sich kompensiren, halte ich schon aus inneren Gründen für unmöglich. Es wäre doch sehr exorbitant, den socius, der das Komptoir versäumt auf das Risiko hin, Zehn zu verlieren und denjenigen, der Tausend in die Schanze schlägt, als gleich nachlässig zu bezeichnen [3]). Und wir hätten doch keinen Grund, den Fall, wo sich das Risiko so überschlagen läßt, von dem andern zu unterscheiden, wo sie ganz auf gut Glück ihrer Muße nachgehen. Sollte die von Dernburg angenommene Entscheidung auch dann gelten, wenn beide aus Nachlässigkeit eine gemeinsame Sache beschädigen, der eine z. B. ein Fenster einstößt, der andere das halbe Haus abbrennen läßt [4])?

---

2) Dernburg, Kompensation S. 323 ff. Das „ipso jure" interessirt uns hier nicht.

3) Siehe auch Brinz im Jahrb. des gem. deutschen Rechts I S. 29.

4) Sicher nicht, da hier die Theorie der lex Aquilia einschlägt, und Jeder natürlich haftet, wie er auch außerkontraktlich haften würde. Aber eben die auf diese Weise sich ergebende Ungleichartigkeit des juristi-

Und wenn gar Beides nicht durch bloßes Versehen, sondern aus unverantwortlichem Leichtsinne geschähe?

Aber ganz abgesehen von diesen Erwägungen spricht auch der äußere Zusammenhang der Stelle ganz entschieden gegen Dernburg. Es folgt nämlich auf die obigen Worte Ulpian's der Satz:

> Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid perceperit, alter tantam negligentiam exhibuit, quae eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem.

Es ist doch nicht zu übersehen, daß das „tantam negligentiam, quae eadem quantitate aestimatur" vollkommen dem „par negligentia" im ersten Theile der Stelle entspricht und dasselbe erklärt. Wenn beide Erscheinungen auf derselben juristischen Erwägung beruhen (simili modo probatur), was soll dann die der zweiten hinzugefügte — nach Dernburg [5]) der ersten fehlende — Beschränkung hinsichtlich der Quantität des angerichteten Schadens? Nach Allem diesem erscheint die Erklärung, welche schon die Glosse von „par negligentia" giebt, als die richtige: „Par negligentia est, quae par damnum attulit."

---

schen Gedankens — daß bei Beschädigung gemeinsamer Sachen Alles auf die Höhe des Schadens ankommen soll, bei der nachlässigen Betreibung gemeinsamer Angelegenheiten gar Nichts, — spricht gegen die bekämpfte Interpretation der Stelle.

5) D. giebt die hervorgehobenen Worte der zweiten Entscheidung so wieder: „wenn sich dieser (der angerichtete Schaden) ungefähr zu gleichem Betrage beläuft (wie der gezogene Vortheil)" —, ohne sich aber darüber auszusprechen, warum im ersten Theile der Stelle von dieser ungefähren Gleichheit des Betrags nicht die Rede ist.

Ganz anders schon liegt die Sache in folgenden zwei Stellen:

L. 3 § 3 de eo per quem factum von **Julian**:

Si et stipulator dolo promissoris, et promissor dolo stipulatoris impeditus fuerit, quo minus ad iudicium veniret, neutri eorum Praetor succurrere debebit **ab utraque parte dolo compensando**[6]).

Der dolus promissoris, durch welchen der stipulator am Erscheinen vor Gericht verhindert wird, hätte an sich zur Folge, daß letzterer klagen könnte auf Entschädigung wegen Verlustes jeder Sicherheit, welcher eben in Folge des Nichterscheinens eingetreten ist. Der promissor seinerseits, wenn er dolo stipulatoris am Erscheinen verhindert wurde, kann natürlich keinen selbständigen Anspruch haben, sondern schützt sich durch exceptio doli gegen die Klage aus der stipulatio[7]). Unsere Stelle sagt nun, daß im Falle wechselseitiger doloser Verhinderung der promissor nicht nur gegen die Stipulationsklage gesichert sein, sondern auch dem stipulator der Entschädigungsanspruch versagt sein soll, welchen er auf seine Verhinderung durch den promissor sonst gründen könnte. Letzterem Anspruche kann nämlich promissor ebenfalls die exceptio entgegenhalten: „si in ea re nihil dolo malo actoris factum sit" — und dann träte ganz die Deduction **Ulpian's** ein in l. 154 de R. I.:

Quum par delictum est duorum, semper oneratur petitor, et melior habetur possessoris causa, sicut fit, quum de dolo excipitur petitoris; neque enim datur replicatio petitori: aut si rei quoque in ea re dolo actum sit.

---

6) Hal. Vulg. dolum dolo compensando.

7) Vgl. l. 1 § 3 de eo per quem factum.

Was Ulpian hier Kompensation nennt, ist demnach nicht etwa eine Ausgleichung wechselseitiger Ansprüche — der promissor hat gar keinen — sondern nur die Thatsache, daß melior habetur possessoris causa, ganz dasselbe, was Marcian so ausdrückt in l. 36 de dolo:

> Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.

Und ganz in diesem Sinne ist auch zu verstehen l. 57 § 3 de cont. empt. von Paulus:

> Quodsi uterque sciebat, et emptor et venditor, domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando, et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare non concedente.

Jeder von beiden Kontrahenten könnte seinen Anspruch nur gründen auf eine Prästationspflicht des andern wegen dolus, sofort würde aber auch Beklagter sich auf den dolus des Klägers berufen, und da nun exceptio doli generalis bonae fidei iudiciis inest, so würde um so mehr im Falle unterlaufener Arglist sowohl die intentio der actio empti, als venditi versagen. Hätten sich beide Theile durch Stipulation zu sichern versucht, so würde dann der Klage eines Jeden exceptio doli entgegenstehen, gegen welche es replica doli nicht giebt [8]).

Auch hier handelt es sich demnach nicht um Ausgleichung wechselseitiger Ansprüche — die Verpflichtungen beider Theile würden sich in vielen Fällen quantitativ gar nicht decken —, sondern unter Kompensation des dolus ist zu verstehen, daß der

8) Ganz wie im Falle wechselseitigen dolus ist es ja auch bei gegenseitiger turpitudo l. 3 de cond. ob turp. caus.

eines jeden den des andern unschädlich macht. Dadurch unterscheidet sich der Gedanke dieser beiden Stellen auf's Schärfste von dem der l. 10 de compens.[9]). Der Ausdruck compensatio wird hier und dort in ganz verschiedenem Sinne gebraucht und zwar nur in l. 10 im eigentlichen eines Aufwägens. Andererseits ist das beiden Fällen gemeinsam, daß es sich nicht handelt um Vergütung eines und desselben Nachtheils, welcher durch beiderseitige Schuld herbeigeführt wurde[10]), sondern um das Nichtbestehen eines Anspruchs von jeder Seite. Zwei Schadensersatzforderungen werden ausgeschlossen, in dem einen Falle durch wirkliche Kompensation der entstandenen gegenseitigen Forderungen, im andern dadurch, daß in Folge wechselseitigen dolus beide gar nicht entstehen, wo sie ohne denselben entstanden sein würden.

Im Munde der römischen Juristen kommt der Ausdruck Kompensation der culpa und des dolus nur in den betrachteten drei Stellen vor. Wir würden jedoch unsere Aufgabe nur zum kleinsten Theile erfüllen, wenn wir nicht eingingen auf die häufigen und praktisch wichtigen Fälle, wo die Verschuldung beider Theile sich auf denselben nachtheiligen Erfolg bezieht. Dabei betreten wir das Gebiet der bekannten Regel des Pomponius in l. 203 de R. I.:

9) Brinz, Pand. I S. 590 stellt l. 10 cit. mit l. 57 § 3 cit. zusammen.

10) L. 10 cit. hat man so erklären wollen, Glück, Komm. XV S. 69. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung geht daraus hervor, daß im zweiten Theile der Stelle sicher von Kompensation zweier Ansprüche die Rede ist, demnach — da beide Entscheidungen als Konsequenzen desselben Princips auftreten, dasselbe auch für den ersten Theil der Stelle angenommen werden muß.

Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.

Ehe wir jedoch an die Begründung dieser Regel und die Bestimmung ihrer Tragweite gehen, sind noch gewisse Fälle auszuscheiden, welche man bei oberflächlicher Betrachtung unter dieselbe zu bringen versucht sein könnte. So sagt Ulpian l. 3 § 4 ad leg. Aquil.:

Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est. Sed si, quum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere; qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenetur.

Hier scheint die Nichthaftung des Beschädigers auf die konkurrirende culpa des Beschädigten gestellt. Dolus, scheint Ulpian zu sagen, verpflichtet ersteren immer, culpa nur, wenn der Verletzte nicht ebenfalls in culpa ist. Allein dies wäre nicht die richtige Begründung der Entscheidung und ist auch sicher nicht Ulpian's Gedanke. Vielmehr ist der iaculator gar nicht in culpa. Deswegen nicht, weil nur Angesichts der drohenden Gefahr, also nur leichtsinniger Weise Jemand an die gefährliche Stelle kommen kann, eine Eventualität, deren Nichtberücksichtigung eben nicht als Verschuldung erscheint. Dies wird ganz klar beleuchtet in § 4 Inst. de lege Aquil.

Itaque si quis dum iaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum traiecerit, distinguitur. Nam si id a milite in campo, eoque ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa eius intelligitur; si alius tale quid admisit, culpae reus est. Idem iuris est et de milite, si in alio loco,

quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit.

Ganz ebenso verhält es sich mit einem Ausspruche des Paulus. Er redet im Eingange der l. 28 ad leg. Aquil. von der Verpflichtung derjenigen, welche Fallen stellen oder Zweige abschneiden und herabwerfen, falls dadurch Jemand zu Schaden kommt und stellt die Entscheidung darauf, ob jene Gelegenheiten zur Beschädigung an Orten gegeben, ubi fieri solent oder nicht. In § 1 fügt er dann hinzu:

Haec tamen actio ex causa danda est, id est, si neque denuntiatum est, neque scierit aut providere potuerit; et multa huiusmodi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare periculum potuerit.

Auch hier ist Beschädiger nicht von Verpflichtung frei wegen konkurrirender Verschuldung von Seiten des Beschädigten, sondern wegen Mangels eigener Kulpa, indem eben das Vorhandensein von Umständen, die Jeden vor'm Betreten des gefährlichen Ortes warnen mußten, das Verfahren, welches die Beschädigung herbeiführte, als ein auch vom diligens paterfamilias zu erwartendes charakterisirt. Vgl. § 5 Inst. h. t. und l. 13 eod., wo derselbe Paulus ausdrücklich sagt:

— nam culpa ab eo exigenda non est, quum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

Einigermaßen anders steht die Sache im Falle der l. 52 § 1 eod. von Alfenus:

Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat, quidam praeteriens eam sustulerat, tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat, et fugientem retinebat; ille flagello, quod in manu habe-

bat, in quo dolon inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret; ex eo maiore rixa facta, tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat; consulebat, num damnum iniuria non videretur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset? Respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere; sed si ab eo non prior vapulasset, sed quum ei lucernam eripere velle, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.

Hier scheint wo möglich noch bestimmter gesagt zu sein, daß das Ausschlagen des Auges allerdings an sich als ein kulposes anzusehen sei und auch, wenn der Beschädigte nicht selbst in culpa wäre, den tabernarius verpflichten würde. Es läßt sich auch in der That nicht läugnen, daß von zwei in derartiger Schlägerei Begriffenen Keiner den rechten Willen haben wird, Beschädigung des Andern zu vermeiden, somit an sich die regelmäßige Grundlage der Zurechnung für Beide existirt. Allein in unserer Stelle ist unverkennbar der entscheidende Gesichtspunkt der der Nothwehr. Der angegriffene tabernarius darf ausnahmsweise Handlungen vornehmen, welche nach seinem Wissen den Gegner verletzen können; diejenige Willensrichtung, die sonst culpa wäre, ist hier nur deshalb keine, weil er in Nothwehr ist. Es ist demnach von Aufhebung seiner culpa durch konkurrirende des Gegners nicht die Rede, wie es denn am Schlusse der Stelle auch heißt, daß nur, falls er nicht zuerst geschlagen worden wäre, der tabernarius in culpa sein würde.

Ganz ähnlicher Weise bewirkt auch in kontraktlichen Verhältnissen häufig die Verschuldung des einen Theils, daß eine Handlungsweise der andern Partei, welche Schaden verur-

sacht, nicht als kulpose erscheint, während sie dies gewesen sein würde, wenn das Versehen des erstern nicht statt gefunden hätte. So z. B. wenn einem Fuhrmann eine Kiste zerbrechlicher Waaren übergeben, die geeignete Bezeichnung derselben aber unterlassen ist, und nun das Laststück ohne besondere Vorsicht behandelt zu Grunde geht. Hier bewirkt das Versehen des Absenders, daß der Fuhrmann zwar den widerrechtlichen Erfolg herbeiführt, aber doch nicht haftet und zwar nicht deswegen, weil er behaupten kann, der Absender sei ebenfalls in culpa, sondern weil er seinerseits von derselben ganz frei ist.

Zwar dem Wortlaute nach könnten wir allenfalls die Regel des Pomponius auch auf solche, wie die besprochenen Fälle beziehen; allein sie würde insoweit zur starken Trivilität, und nicht im Mindesten könnten wir wenigstens versucht sein, hier von Kompensation der Kulpa zu reden.

Die Regel quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire hat ihren vollen Sinn nur in denjenigen Fällen, wo der Beklagte nicht läugnen kann, daß die Beschädigung des Klägers einmal im Kausalzusammenhange steht mit einer Handlungsweise von seiner (des Beklagten) Seite und daß diese Handlungsweise auch andererseits als eine zum Ersatz verpflichtende, weil auf Verschulden beruhende erscheint, trotzdem aber Beklagter von der Ersatzpflicht frei zu sein behauptet, weil der Schaden durch Anwendung der gehörigen Sorgfalt von Seiten des Beschädigten hätte vermieden werden können.

Die Regel ist von Mommsen [11]) im Zusammenhange

11) Fr. Mommsen, Beiträge II S. 157, 257 f. Der Auf-

der ganzen Lehre von der Leistung des Interesse behandelt, und es sind auch von ihm die einschlagenden Einzelentscheidungen der Quellen zusammengestellt worden. Was die Erklärung des Satzes anlangt, so bemerkt Mommsen: „Dieser Satz enthält eine wahre Beschränkung des Interesse, aber eine solche Beschränkung, die sich von selbst rechtfertigt, da nichts natürlicher ist, als daß ein Jeder die Folgen der eigenen Nachlässigkeit selbst zu tragen hat." — Gegen das „Nichts natürlicher" [12]) ist kaum etwas einzuwenden; allein uns interessirt es doch, den juristischen Grund dieser Beschränkung aufzufinden, namentlich zu untersuchen, inwieweit etwa bei dieser Erscheinnug von Kompensation der Kulpa zu reden wäre. Auch die Tragweite der Regel dürfte sich auf diesem Wege vielleicht noch etwas genauer bestimmen lassen.

Fände unser Satz nur Anwendung auf kontraktliche Verhältnisse, so würden wir nicht anstehen, ihm folgenden juristischen Gedanken zu Grunde zu legen. In Vertragsverhältnissen fordert die bona fides von beiden Theilen, daß mit voller Sorgfalt vermieden werde, wodurch der Gegner gelegentlich des Geschäftsverhältnisses zu Schaden kommt. Kommt mein Gegner, sei es auch aus eigenem Verschulden, in die Lage, mir Ersatz leisten zu müssen, so kann er von mir gerechter Weise verlangen, daß ich Alles vermeide, wodurch seine Haftpflicht unnöthigerweise gesteigert wird. Wende ich nun hierbei die volle diligentia, welche die Natur des Verhältnisses erfordert, nicht an, so werde ich meinerseits ersatzpflichtig. Das Interesse des Gegners, welches ich zu leisten

---

satz von Busch in den Blättern für Rechtspfl. in Thüringen und Anhalt, welcher nach der Relation bei Schletter, Jahrbb. III S. 258 hier einschlägt, ist mir leider nicht zur Hand.

12) Vgl. indessen weiter unten, wie man die abweichende Regel des Oesterreichischen a. b. GB. ebenfalls als die natürliche begründet.

habe, besteht nur darin, daß ich ihm ersetze, was er mir in Folge meiner Sorglosigkeit mehr leisten müßte, als ohne dieselbe, — mit andern Worten, daß er mir diesen Ueberschuß nicht leistet. Seine Gegenforderung schneidet compensando ein Stück meiner Interesseforderung hinweg. Oder hätte der ganze Nachtheil meinerseits vermieden werden können, so komme ich auf diese Weise um meinen ganzen Anspruch. Diese Auffassung würde dadurch unterstützt, daß sie allein erklärte, wie in streng juristischem Sinne die Rede sein kann von „ex culpa sua damnum sentire“. Die Vernachlässigung der eigenen Angelegenheiten ist zunächst gar nicht culpa, da ich keine rechtliche Verpflichtung habe, sie ordentlich zu besorgen; sie kann es nur sein, wenn eine Rechtspflicht einem Zweiten gegenüber durch sie verletzt wird [13]), und diese Rechtspflicht

13) Von diesem Gesichtspunkte geht aus ein Erkenntniß des Oberhofgerichts zu Mannheim vom 20. Dec. 1859 bei Seuffert, Archiv XIII S. 329 ff. Der Eigenthümer eines Waldes klagt gegen die Eisenbahnunternehmung auf Ersatz wegen eines durch Lokomotivfunken entstandenen Waldbrandes. Beklagte wendet Mitschuld des Klägers am Brand ein, weil derselbe unterlassen habe, einen sogenannten wunden Streifen auf seinem Areal zwischen dem Walde und der Bahn zur Verhütung der Feuersgefahr herzustellen und das Holz abführen zu lassen, welches — auf jenem Areal gerade zur Verminderung der Feuersgefahr schon Mitte Juli weggehauen und mit dem Laub in Wellen gebunden — am Saume des Waldes gelegen sei und demselben das Feuer mitgetheilt habe. — Die Motive der Entscheidung bemerken: „Allein, wenn es auch eine Nachlässigkeit der Klägerin war, daß sie die dürren Wellen bei der drohenden Feuersgefahr nicht wegführen oder wenigstens in das Innere des Waldes setzen ließ und wenn auch diese Wellen die Ausdehnung des Feuers beförderten, den Schaden also mitverursachten, so war doch jene Nachlässigkeit im Verhältnisse zum Beklagten ebensowenig eine widerrechtliche, als dieses die Unterlassung der Wegschaffung des Grases war, indem kein Rechtsgrund bestand, der die Gemeinde (Klägerin) zur Entfernung der Wellen und des Grases verpflichtete oder ihre Be-

kann in unserem Falle nur auf die angegebene Weise herbeigeschafft werden. In einer vom Interesse im eigentlichen Sinne [14]) handelnden Stelle argumentirt denn auch z. B. Ulpian ganz in diesem Sinne, nämlich in l. 22 § 4 de pignor. act.:

Si creditor, quum venderet pignus, duplam pro-

fugniß, auf ihrem Eigenthume nach Belieben zu schalten, beschränkte. — — Es liegt darin keinesfalls ein Versehen, welches vom Beklagten zur Wettschlagung seiner eigenen Schuld geltend gemacht werden könnte. — Gleichwie die Klägerin in dem Falle, wenn der Wald einem Dritten gehört hätte, trotz der drohenden Feuersgefahr, weder zur Wegschaffung des Grases, noch zur Entfernung der Wellen verpflichtet gewesen wäre, da außerhalb des Vertragsverhältnisses Niemand verbunden ist, im Interesse eines Andern thätig zu sein und Schaden von ihm abzuwenden, gleichwie sie folglich dem Dritten nicht dafür verantwortlich wäre, daß sein Wald das vom Bahndamm ausgegangene Feuer durch ihr Gras und ihre Wellen mitgetheilt erhielt, so kann auch der — ihr als Waldeigenthümerin zustehende — Entschädigungsanspruch an den Beklagten nicht um deswillen aufgehoben erscheinen, weil sie die Wegschaffung des Grases und der Wellen unterlassen hatte, und weil diese das Feuer ihrem Walde mittheilten." — Man sieht: 1) die Motive erklären die Regel: Quod quis ex culpa sua etc., als Kompensation zweier Gegenansprüche, 2) sie verlangen deshalb auf Seiten des Beschädigten wirkliche, gegen den Beschädiger gerichtete Widerrechtlichkeit, culpa im strengsten Sinne, 3) deßhalb lassen sie durch blose Mitschuld des Beschädigten den ex lege Aquilia auf Schadensersatz Belangten nicht befreit werden. — Wir können jene Deduction nicht für zutreffend halten, weil die Regel: Quod quis etc. sich auch auf aquilischen Schaden bezieht und deshalb eben nicht Widerrechtlichkeit, sondern blose Mitschuld unter der culpa sua zu verstehen ist. Vergleiche das im Text gleich Folgende.

14) Mommsen a. a. O. S. 38 Anm. 25 bringt den Fall der l. 22 § 4 unter den Gesichtspunkt der Impensen. Die Nothwendigkeit, die dupla zu zahlen, ist indessen gewiß ein Ereigniß, welches dem betroffenen Pfandgläubiger eine Schadensersatzforderung im eigentlichen Sinne giebt. Dieser Punkt würde übrigens für unsere Frage ziemlich gleichgültig sein.

misit, nam usu hoc evenerat, et conventus ob evictionem erat et condemnatus, an haberet regressum pignoraticiae contrariae actionis? Et potest dici, esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit; si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanto venderet, quanto vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere.

Hier kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Entscheidung gestellt wird auf die diligentia, welche der Pfandgläubiger dem Verpfänder gegenüber anzuwenden verpflichtet ist. Als dolus, Arglist, kann doch gewiß nur bezeichnet werden, was bezweckt, einem Andern zu schaden. Es liegt hier besonders nahe, daß jede nachlässige Verschlimmerung der eigenen Lage, jeder Verstoß beim pignus vendere, auch zugleich eine pflichtwidrige Handlungsweise dem Verpfänder gegenüber ist, gegen den ja Regreß geht. Ganz ebenso steht die Sache aber auch z. B. im Falle der l. 45 § 1 de act. empt. von Ulpian. Hier hat der Käufer dem evincirenden Dritten gegenüber die Ausübung des Retentionsrechts wegen der Impensen unterlassen. Das bringt ihn um den Anspruch auf Ersatz der letzteren dem Verkäufer gegenüber. Und gar nicht anders in den übrigen der bei Mommsen angeführten Stellen. Hier hätten wir nun wirkliche Kompensation zweier gegenseitiger auf culpa gegründeter Ansprüche und zwar mit dem Resultate, daß der Anspruch des Klägers aufgehoben wird, weil und insoweit der Gegenanspruch des Beklagten ihn deckt.

Allein die Regel quod quis ex culpa sua u. s. w. bezieht sich, wie hier einstweilen vorausgesetzt werden soll, auch auf außerkontraktliche, nach der Theorie der lex Aquilia zu beurtheilende Schadenersatzforderungen. Und da versagt denn

unsere Kompensationstheorie, weil hier eine Verpflichtung des Beschädigten, das Interesse des Gegners zu wahren, nicht vorliegt [15]). Deswegen müssen wir uns, ohne daß wir deshalb obige Erklärung innerhalb ihres Kreises wegzuwerfen brauchten, nach einer allgemeineren, das ganze Gebiet der Regel umfassenden Begründung umsehen.

Es ist klar, daß nicht nur dolus, sondern auch culpa sowohl in kontraktlichen Verhältnissen, als lege Aquilia deshalb hinreicht, haftbar zu machen, weil der Schaden auch im Falle bloßer culpa des Beschädigers sich zurückführen läßt auf dessen widerrechtliche Willensrichtung, als ein von ihm gewollter erscheint. Der Beschädiger haftet, sobald der Schaden als Folge erscheint der Einwirkung seines rechtswidrigen Willens. Daß dieser Kausalzusammenhang kein unmittelbarer ist, vielleicht erst durch Zusammentreffen vieler Umstände der Schaden eintritt, kann den Schuldner bekannter und leicht erklärlicher Weise nicht befreien. Zwischen dem schädlichen Willen und dem schädlichen Erfolge ist doch immer nichts in der Mitte, als der Lauf der äußeren Dinge, welcher sich vollendet nach den Gesetzen der Nothwendigkeit oder des Zufalls. Immer tritt der Schaden ein, weil Beschädiger ihn gewollt. Wie aber, wenn der Beschädigte selbst den Schaden ebenfalls wollte (d. h. eben in Bezug auf sein Eintreten selbst in culpa war)? Hierdurch wird zwar jener Kausalzusammenhang ebenfalls nicht aufgehoben, allein es tritt zwischen den Willen des Beschädigers und den Schaden noch ein anderer Wille hinein, und so erscheint denn die Beschädigung, weil vom Beschädigten selbst gewollt, nicht mehr als iniuria im Sinne der lex Aquilia. Der Satz: volenti non fit iniuria gilt eben nicht nur dann, wo es sich um eigent-

15) Vgl. Anm. 13.

liche iniuria handelt und nicht nur da, wo der Wille des Geschädigten geradezu auf den nachtheiligen Erfolg gerichtet war, sondern überall, wo mit dem „weil der Beschädiger wollte" konkurrirt ein „weil der Beschädigte wollte", mag dieses letztere Wollen auch nur ein den Nachtheil nicht vermeiden Wollen sein.

Das ist denn auch unverkennbar die Vorstellungsweise der Römischen Juristen, so die des Ulpian in l. 23 § 8 de aed. ed. Ein servus noxius ist verkauft. Käufer hat dem klagenden Bestohlenen die litis aestimatio geleistet, die noxae deditio unterlassen. Es wird entschieden, daß der Verkäufer nur das pretium des Sklaven zu leisten habe:

et hoc detrimentum sua culpa emptorem passurum, qui quum posset hominem noxae dedere, maluerit litis aestimationem sufferre, et videtur mihi Juliani sententia humanior esse.

Ferner Pomponius in l. 29 § 1 de eviction. fügt einer ähnlichen Entscheidung hinzu:

— sed ita si culpa vel sponte duplae stipulatoris possessio amissa fuerit.

Paulus in l. 56 § 1 eod. stellt die Zahlungspflicht des Verkäufers auf die necessitas für den Käufer, die Waare herauszugeben, also auf die unfreiwillige Herausgabe:

Si compromisero, et contra me data fuerit sententia, nulla mihi actio de evictione danda est adversus venditorem; nulla enim necessitate cogente id feci.

Ebenso endlich African in l. 61 § 7 de furtis:

Haec ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius, qui mandatum vel depositum susceperit, intercedat; ceterum si ipse ultro ei custodiam, argenti forte vel

numorum commiserit, quum alioquin nihil unquam dominus tale quid fecisset, aliter existimandum.

Alle diese Stellen lassen sich, wie schon oben gesagt, mit der Anschauung vereinigen, nach welcher der Beschädigte seinen Anspruch verliert, wenn er selbst das Interesse des Gegners vernachlässigt, also compensando; indessen scheinen die Juristen doch in erster Linie zu betonen, daß der Beschädigte seinen eigenen Verlust nicht hat abwenden wollen, obwohl er es gekonnt hätte.

Diese Begründungsweise paßt auf kontraktliche wie außerkontraktliche Verhältnisse; nur daß der Ausdruck culpa, welcher schon in unsern Stellen sichtlich mit Vorsicht gebraucht und mit „vel sponte" umschrieben ist, in streng juristischem Sinne auf die Sorglosigkeit nicht angewandt werden kann, welche Jemand lediglich sich selbst gegenüber begeht; und so steht es eben im Falle aquilischen Schadens. Indessen wird das kein Grund sein können, die Regel des Pomponius auf kontraktliche Verhältnisse zu beschränken. Wir dürfen dem Ausdrucke sua culpa unbedenklich den Sinn unseres „durch eigene Schuld" unterlegen.

Zwei Stellen freilich, mit denen man neuerlich die Beziehung unseres Satzes auf die Fälle der lex Aquilia hat erweisen wollen, sind zu dieser Function entschieden untauglich, nämlich l. 30 § 4 ad leg. Aquil. von Paulus:

Si vulneratus fuit servus non mortifere, negligentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso —

und l. 52 pr. eod. von Alfenus:

Si ex plagis servus mortuus esset, neque id medici inscientia, aut domini negligentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur.

Die letztere Stelle ist Gegenstand abweichender Aeußerungen

geworden [16]). Sie scheint nämlich den Satz Quod quis ex culpa sua u. s. w. dahin auszudehnen, daß auch intercedirende culpa eines Dritten dem Delinquenten zu Gute kommen solle; Mommsen sucht nun die befremdlichen Worte „medici inscientia“ dadurch zu erklären, daß unter den Umständen des angegebenen Falles dem Verletzer nur in Bezug auf die Verwundung, nicht aber in Bezug auf den erfolgten Tod eine culpa beigemessen werden kann. Diesen Erklärungsversuch hat Windscheid unseres Erachtens mit Recht verworfen.

Die Stelle erklärt sich ohne alle Schwierigkeit folgendermaßen. Alfenus untersucht, ob nach den Worten der lex Aquilia (cap. I): Qui servum servamve alienum alienamve — iniuria occiderit — im gegebenen Falle actio ex lege Aquilia mit Erfolg angestellt werden kann. Er verneint dies, weil — eine sehr natürliche Erwägung — von Einem, der medici inscientia oder domini negligentia gestorben ist, nicht gesagt werden kann, er sei occisus. Ganz ebenso in l. 30 § 4 Paulus. Warum aber untersuchen beide Juristen, ob de servo occiso oder nur de servo vulnerato geklagt werden könne? Nicht etwa um festzustellen, ob der Beschädiger auch wegen des Todes hafte; das kann auch der Fall sein, wenn de vulnerato geklagt wird. Kein Zweifel, daß im Falle der medici inscientia, falls dem Eigenthümer keine Nachlässigkeit bei der Wahl des Arztes zur Last fällt, Delinquent de servo vulnerato auch wegen des erfolgten Todes aufkommen muß

Vielmehr hatte die Frage deswegen große praktische Bedeutung, weil der servus occisus unter das primum caput

16). Mommsen a. a. O. S. 162 ff. Windscheid in der Recension dieser Arbeit, Heidelb. krit. Ztschr. II S. 544 ff.

legis Aquiliae fiel, also die Verurtheilung ging auf quanti id in eo anno plurimi fuit; der servus vulneratus hingegen unter das tertium caput[17]), wo verurtheilt wurde auf quanti ea res erit in diebus triginta proximis. Daß dem so ist, geht auch daraus hervor, daß Paulus im vorhergehenden § 3 redet von der actio quae ex hoc capitulo (III) oritur und dann in § 4 sich ganz natürlich die Erörterung anschließt, ob vorliegenden Falls ex hoc oder ex primo capitulo actio oritur[18]).

Daraus folgt denn, daß beide Stellen ganz ohne alle Bedeutung sind für die Frage, ob die eigene culpa des Beschädigten die Haftpflicht des Delinquenten ausschließt. Indeß, müßten wir das nicht schon nach dem juristischen Grunde und der ganz allgemeinen Fassung der Regel annehmen, so würde es insonderheit folgen aus den Worten Ulpian's in der von Mommsen nicht benutzten l. 11 pr. ad leg. Aquil.:

> — quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

Bekanntlich erleidet die Regel des Pomponius eine Ausnahme, falls der Beschädiger in dolo ist. Das sagt nicht

17) Nämlich unter das: Quod — ruperit iniuria. Vgl. § 5 und 17 l. 27 ad leg. Aquil.

18) Vgl. l. 11 § 3 eod. Möglicherweise hat Mommsen bei seiner nachträglichen Bemerkung S. 300 dasselbe im Sinne, was oben ausgeführt ist. Dann wäre noch hinzuzufügen gewesen, daß die beiden besprochenen Stellen ihre Beweiskraft für unsere Regel durch diese Erklärung verlieren. Windscheid S. 545 Anm. mißverstände dann übrigens jene nachträgliche Bemerkung.

nur für kontraktliche Verhältnisse Paulus in l. 45 § 1 de act. empt.:

— in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendidit, omnimodo teneri debet —,

sondern auch bezüglich des aquilischen Schadens Ulpian am Schluß der l. 9 ad leg. Aquil.:

— qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur.

Und ebenso ist in l. 13 eod. von Paulus anerkannt, daß dolus in einem Falle verpflichtet, wo man den Beschädigten von eigener Verschuldung nicht freisprechen kann. Mommsen, welcher privatrechtlich dolus und dulpa lata mit alleiniger Ausnahme der Infamie in jeder Bezeichnung gleichstellt [19]), muß auch dann die culpa levis des Delinquenten unschädlich sein lassen, wenn der Beschädiger in culpa lata ist. Das scheint mir indessen höchst bedenklich. Einmal könnten unsere Quellenstellen gar nicht bestimmter das „sciens", das „data opera" und das „immittere in eum, quem viderit transeuntem" hervorheben. Und andererseits erscheint die unbedingte Haftung des dolosen Beschädigers als ganz singuläre Ausnahme von der wohlbegründeten Regel, die ihrem juristischen Grunde nach auch auf die Fälle doloser Beschädigung paßt. Wenn einmal nach Mommsen nichts natürlicher ist, als daß ein Jeder die nachtheiligen Folgen seiner Verschuldung selbst trägt, warum da nicht auch in diesem Falle? Wir vermögen die Ausnahme nur zu erklären aus der Erscheinung, daß auch sonst dem in dolo Befindlichen manche Erleichterungen und Ausgleichungen versagt werden,

---

19) Beiträge III S. 354. Vgl. aber dagegen Wächter, System II § 112 Anm. 12. Unger, System II § 102 Anm. 20. 21.

welche das Recht sonst giebt, z. B. Regreßklagen [20]), die Retention wegen impensae utiles [21]). So weit haben wir in Ermangelung bestimmter Quellenaussprüche gewiß nicht zu gehen, daß wir den unvorsichtig mit dem Gewehr Spielenden auch dann zum Schadensersatz verurtheilen, wenn der dabei Getroffene durch eigene Nachlässigkeit um den Arm kommt, welcher nach ärztlichem Gutachten sonst wiederhergestellt worden wäre.

Noch weit bedenklicher erscheint aber die Behauptung von Mommsen, daß der Schaden in keinem Falle, auch nicht, wenn der Beschädiger in dolo ist, berücksichtigt werden könne, falls die nicht erfolgte Vermeidung desselben in einem dolus oder einer culpa lata des Beschädigten ihren Grund hat. Die von Mommsen als Beweis angeführten Stellen beziehen sich sämmtlich auf Fälle, wo dem Kläger eine gegen den Beklagten oder einen Dritten gerichtete betrügerische Handlungsweise vorgeworfen werden kann, also eine exceptio doli specialis entgegensteht, und es demnach heißt melior est causa possidentis. So kann im Falle der l. 57 § 3 de contr. empt. es dem Käufer gewiß als Betrug angerechnet werden, daß er eine Sache gekauft, deren Nichtexistenz er kennt; ebenso in l. 45 eod. dem Käufer, der wissentlich fehlerhafte Sachen kauft und dann wegen dieser Fehler Ansprüche erheben will; in l. 36 de dolo stehen sich zwei actiones doli gegenüber; in l. 30 de neg. gest. und l. 1 § 14 de tut. et rat. handelt es sich um Regreßklagen wegen gemeinsam verübter Betrügerei und in l. 54 de R. I. stellt es die Fassung der Worte außer Zweifel, daß von der exceptio doli specialis

20) L. 30 de neg. gest. l. 1 § 13. 14 de tut. et rat. distr.

21) Zur mala fides gehört immer wissentlich ungerechtfertigtes Vorenthalten, also dolus.

die Rede ist. Alle diese Stellen erklären sich daher aus der Theorie der genannten Einrede, wie dies weiter oben schon entwickelt wurde, und es ist unzulässig, ihre Entscheidungen ohne Weiteres auf die Fälle anzuwenden, wo der Beschädigte nur in culpa lata ist. Vielmehr scheint mir der Schütze zweifellos auch civilrechtlich zu verurtheilen, der einen, sei es auch aus unverantwortlichstem Leichtsinn, durch die Schußlinie Laufenden absichtlich niederschießt. So ist denn auch in l. 9 ad leg. Aquil. vorausgesetzt, daß Jemand geradezu über den Ort geht, wo er steht, daß geworfen wird; und trotz dieser culpa lata heißt es: qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur. Ebenso in l. 31 eod. Und auch was kontraktliche Verhältnisse anlangt, wird man z. B. den Verkäufer, der wissentlich eine nicht existirende Sache verkauft, haften lassen müssen, sollte auch der Käufer bei nur gewöhnlicher Sorgfalt sich von der Nichtexistenz der Sache haben unterrichten können. Dem dolosen Beschädiger gegenüber kann dem Beschädigten nur seinerseits gegen ersteren oder gegen einen Dritten gerichteter dolus oder der Umstand seinen Entschädigungsanspruch nehmen, daß der Beschädigte selbst den eigenen Schaden herbeiführen wollte [22]). Dann nämlich tritt die Regel volenti non fit iniuria wieder in ihr Recht.

Unserer Ansicht nach wird also in Beziehung auf die Regel: Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire — nicht, wie gewöhnlich, dolus und culpa lata, sondern vielmehr culpa lata und culpa levis gleich schwer wiegen. Und das hat seinen guten Grund. Wir haben nämlich jenen Satz dadurch erklärt, daß der Scha-

22) Unter diesen Gesichtspunkt kann man bringen ein Erkenntniß des Obergerichts zu Zürich bei Schletter, Jahrbb. II S. 77, wonach der Dieb für die auf seine Entdeckung gesetzte Belohnung keinen Ersatz zu leisten braucht.

den zugleich als ein vom Beschädigten gewollter erschien. Hierbei ist nun gewiß die wichtigste Distinktion diejenige, ob Damnificat geradezu auf seinen Nachtheil ausging oder denselben nur nicht, wo er konnte, vermieden hat. Auf den Grad des Mangels der Willensenergie beim Vermeiden kann es hier weniger ankommen.

Mit dem Bisherigen ist aber die Reihe der Fälle, wo man von Kompensation der Kulpa reden könnte, noch keineswegs erschöpft. Folgender Fall unterscheidet sich wesentlich von den bisher besprochenen. A giebt dem B einen Brief, in dem viel Geld liegt, zur Besorgung, ohne ihn von letzterem Umstande in Kenntniß zu setzen. Diesen Brief läßt der Mandatar B irgendwie aus Nachlässigkeit verloren gehen und A verlangt vollen Ersatz [23]). Die Regel des Pomponius paßt hier nicht. Denn wenn auch B den Inhalt des Briefes kannte und ihn dann verlor, so wäre derselbe Nachtheil doch eingetreten, letzterer steht daher im Kausalzusammenhange nur mit dem Handeln des B. Letzterer wird sich freilich auf die Unvorsichtigkeit seines Mandanten berufen und behaupten, daß ihm ohne diese der Verlust des Briefes nicht hätte passiren können, da er denselben natürlich ganz anders würde in Acht genommen haben. Allein er ist doch in culpa [24]), und diese seine culpa würde auch ohne die culpa des Mandanten denselben nachtheiligen Erfolg für letztern gehabt haben. Des-

---

23) Vgl. Ihering, Civilrechtsfälle Nr. 35.

24) Wir setzen voraus, daß nicht einmal die Sorgfalt angewendet wurde, welche bei Besorgung eines jeden Briefes erfordert wird. Hätte Mandatar nur diejenige Sorgfalt verfehlt, die man Geldbriefen vor andern zuzuwenden pflegt, so wäre er in unserem Falle gar nicht in culpa.

wegen haftet Mandatar, falls ihm nicht eine andere juristische Erwägung Hülfe schafft. Die Sache darauf zu stellen, daß B. nicht einen Geldbrief, sondern einen leeren Brief zu besorgen übernommen hatte, werden wir doch nicht versucht sein. Ebensowenig darauf, daß er die ganz unerwartete Höhe des angerichteten Schadens nicht voraussehen konnte. Auf solche Weise könnte man mehr beweisen, als man wünschte.

Der Schaden rührt lediglich aus der Verschuldung des Mandatars. Allein könnte letzterer nicht vielleicht sagen: Du bist schuld daran, daß ich schuld an deinem Schaden bin? Die Sache kann auch so stehen, daß es gar keinem vernünftigen Zweifel unterliegt, daß das Versehen des Mandatars unterblieben sein würde, wäre das des Mandanten nicht vorausgegangen. Dann, glaube ich in der That, wird Mandatar frei ausgehen. Jeder Kontrahent ist dem andern volle Sorgfalt schuldig zur Vermeidung jedes Nachtheils aus dem Geschäft. Zwar darf ich im Allgemeinen auf volle diligentia des Mitkontrahenten rechnen, allein ich habe trotzdem die Verpflichtung, meinerseits Alles zu thun, um seinerseits ihm diligentia nahezulegen und zu erleichtern. Ein Versehen von seiner Seite liegt nicht außer der Möglichkeit, oft nicht einmal außer aller Wahrscheinlichkeit, und was ich thun kann, es auszuschließen, bin ich zu thun verpflichtet. Natürlich nicht etwa zu Ermahnungen und Vorstellungen, wohl aber zur Anzeige solcher Umstände, die sein Versehen zu einem viel schwereren machen und deren Kenntniß ihn daher jeden oder doch höchst wahrscheinlichen Falls von demselben frei halten werden [25]). Nimmt man dies an, so wird dann auch Man-

---

25) In dieser Beziehung kann nun sehr viel auf den Grad der Verschuldung des Beschädigers ankommen, indem, je größer seine Nachlässigkeit ist, desto wahrscheinlicher anzunehmen ist, daß er auch

dant in unserem Falle nicht sagen können: **Quod quis ex sua culpa etc.**; denn es ist ja eben die **sua culpa** des Mandatars, welche Mandant durch seine **culpa** erst herbeigeführt hat.

Ein ähnlicher Fall [26]) wäre der, wo der Kutscher sich verpflichtet hat, mich bis zur bestimmten Stunde an den Bahnhof zu schaffen, dies nicht bewerkstelligt, und ich dann erst ihm eröffne, daß ich durch sein Versehen um Tausende ärmer geworden bin und Ersatz verlange. Er ist **in culpa** und nur seine **culpa** steht im Kausalzusammenhange zum Schaden; allein aller menschlichen Wahrscheinlichkeit nach würde er, hätte ich ihm den Sachverhalt mitgetheilt, sich nicht verpflichtet oder seine Verpflichtung ausgeführt haben. — So kommen wir allerdings oft zu dem Resultate, daß Einer für den angerichteten Schaden nicht haftet, weil er denselben nicht voraussehen konnte; allein nur dann, wenn es Pflicht des Beschädigten gewesen wäre, ihn denselben voraussehen zu lassen.

Die Nichthaftung des Beschädigers erklärt sich in diesen Fällen demnach keineswegs aus der Regel des Pomponius, sondern folgendermaßen: Beschädiger ist zunächst vollkommen ersatzpflichtig, denn es fehlt weder an **culpa** noch an Kausalzusammenhang, und zwar ausschließlichem zwischen dieser **culpa** und dem widerrechtlichen Erfolge. Allein andererseits ist auch der Beschädigte zum Schadensersatz verpflichtet, weil er auch seinerseits **in culpa** ist, und auch diese **culpa** für den Mitkon-

---

durch Kenntniß der drohenden Gefahr sich nicht hätte abhalten lassen. Ein bestimmter Maaßstab wird indessen auch hierbei sich kaum aufstellen lassen. Ueberhaupt wird die Frage, ob die schuldbare Handlungsweise des Beschädigers ohne die des Beschädigten ausgeblieben sein würde, eine äußerst schwierige sein, die dem richterlichen Ermessen vollsten Raum läßt.

26) Vgl. auch Nr. 36 bei Jhering a. a. O.

trahenten schlimme Folgen gehabt hat. Beide Ansprüche heben sich compensando auf; natürlich nur so weit sie sich decken, was in der Regel der Fall sein wird. Hätte die Nichtbesorgung des Briefes noch andere schlimme Folgen, als den Verlust des Geldes, so würde Mandatar in Bezug auf erstere haften.

Und so kann selbst der zunächst durch eigene culpa Beschädigte zu einer wirksamen Entschädigungsklage kommen. So in dem Rechtsfalle bei Girtanner N. 239. Daß beim Aufladen das ohne Anzeige des gefährlichen Inhalts dem Boten übergebene Pulverfaß zu Boden fällt, mag immerhin auf culpa des Boten beruhen. Allein hätte Absender gehörig deklarirt, so würde man, was möglicherweise ganz zweifellos sein kann, das Fäßchen nicht habe fallen lassen. Das Fäßchen braucht demnach der Bote nicht nur nicht zu bezahlen, sondern kann auch gegen den Absender auf Entschädigung klagen, obwohl der Schaden mit dessen culpa gar nicht im Kausalzusammenhange steht; denn die geschehene Deklaration hätte das Explodiren des fallenden Pulvers gewiß nicht verhindert, — sondern vielmehr nur mit der eigenen des Beschädigten.

Die ganze diesfallsige Argumentation paßt aber nur auf kontrakliche Verhältnisse. Bei außerkontraktlichem Schaden fehlt jeder Boden, einen Gegenanspruch des Beschädigers zu deduciren. Sollte ein Dritter mit dem Pulverfaß sich Ungehöriges zu schaffen machen oder den nicht deklarirten Geldbrief beschädigen, so würde der Entschädigungsforderung Nichts entgegenstehen. Bei außerkontraktlichem Schaden kann eigene Schuld des Beschädigten nur dann von der Ersatzpflicht befreien, wenn der Schaden mit ihr in juristischem Kausalzusammenhange steht, wenn man sagen kann, trotz der Schuld des Beschädigers wäre der Schaden nicht eingetreten ohne die

Verschuldung des Beschädigten. Dolus übrigens des Beschädigers muß auch in den Fällen der zuletzt besprochenen Kategorie die Schuld des Beschädigten wirkungslos machen. Wer den anvertrauten Brief vorsätzlich vernichtet, dem ist nach der Theorie der exceptio doli specialis jede weitere Berufung auf Verschuldung des Beschädigten benommen. Auch hier dürfen wir culpa lata dem dolus nicht gleichstellen und zwar ganz aus den oben angeführten Gründen. Und nach der Regel melior est causa possidentis kann dolus des Verletzers auch nur unschädlich gemacht werden durch dolus des Damnifikaten.

Wir sind schließlich wieder da angelangt, von wo wir ausgegangen. Die im ersten und letzten Absatze betrachteten Fälle fielen unter den Gesichtspunkt wirklicher Ausgleichung zweier Gegenansprüche. Die in der Mitte liegenden erklärten sich auf andere und unter sich ziemlich verschiedene Weise. Fassen wir die gewonnenen Resultate zusammen, so fallen unter das Gebiet, welches man mit mehr oder weniger Prägnanz als „Kompensation der Kulpa" bezeichnen könnte, folgende Kategorieen von Fällen:

1) Beide Theile sind wegen verschiedener einander kontraktwidrig zugefügten Nachtheile haftbar. Kompensation der Gegenansprüche im ganz gewöhnlichen Sinne.

2) Beide Kontrahenten sind in dolo gegen einander und zwar in Bezug auf ein und denselben beiden nachtheiligen Umstand. Der dolus wird kompensirt, d. h. aber nicht die beiden Gegenforderungen, sondern es entsteht wechselseitig kein Anspruch.

3) Kulpa des beschädigten Theils bewirkt, daß der andere bezüglich des betreffenden Schadens nicht in culpa ist,

während er es sonst sein würde. Natürlich keine Haftung.

4) Der Schaden steht im Kausalzusammenhang sowohl mit der Schuld des Beschädigers, als mit der des Beschädigten. Ersterer haftet nur, wenn er in dolo ist. Auch dann nicht, falls Beschädigter ebenfalls dolos gehandelt oder seinen Schaden absichtlich herbeiführt.

5) Der Schaden steht im Kausalzusammenhang nur mit der Schuld des Beschädigers. Hier kann letzterer nur frei kommen, falls er nachweist, daß ohne Versehen des Damnifikaten seine eigene Verschuldung nicht eingetreten sein würde. Dolus wirkt wie unter 4.

In den Fällen 4 und 5 kann es leicht kommen, daß die Haftung des Beschädigers durch die des Beschädigten nicht ganz aufgehoben, sondern nur eingeschränkt wird. Eigentliche Kompensation zweier Gegenansprüche liegt nur vor in den Fällen 1 und 5.

Fragen wir nun schließlich, wie die neuere Gesetzgebung den besprochenen Gegenstand behandelt; und zwar interessiren uns die Sätze unter 1, 2, 3 weniger, weil sie weniger Schwierigkeit machen und deswegen allgemeine Geltung haben. Was aber die Verhältnisse unter 4 und 5 anlangt, hat man sich mannichfach entfernt von der römischen Theorie.

Zunächst das Oesterreichische Recht spricht sich in ebenso bestimmter als eigenthümlicher Weise über die Frage aus in § 1304 des a. b. GB.:

Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt, so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnißmäßig; und wenn sich das Verhältniß nicht bestimmen läßt, zu gleichen Theilen.

Einzelanwendungen dieses Princips treten ein in § 1299 a.

b. GB., der von der Haftung desjenigen handelt, der sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennet, oder wer ohne Noth freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert und dann hinzufügt:

> Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewußt oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können, so fällt zugleich dem Letztern ein Versehen zur Last.

Ebenso muß nach § 1307, wenn die Beschädigung im vorübergehenden Zustande der Sinnenverwirrung geschah, dieser Zustand aber zugleich durch Schuld des Beschädigten und Beschädigers herbeigeführt wurde, Theilung eintreten. Nicht anders, wenn Jemand durch ein Thier beschädigt wird, welches von ihm selbst und einem Andern zugleich gereizt wurde. Eine oberstrichterliche Entscheidung (aus der allgem. Oesterr. Gerichtszeitung J. 1857 N. 107) führt Stubenrauch [27]) an. Der Pfarrer und die Repräsentanten des Kirchenvermögens zu X. hatten bei dem Baumeister C. Arbeiten bestellt, welche den Bereich der gewöhnlichen Verwaltung überschritten, ohne den erforderlichen Konsens beizubringen, welcher in der That auch versagt wurde. Der oberste Richter erkannte, daß auch dem Baumeister — welcher auf Zahlung der geleisteten Arbeiten im Werthe von 593 L. 75 C. klagte — ein Versehen zur Last falle, da er wissen mußte, daß die Besteller die Grenze ihres Mandats überschritten; er ermäßigte daher die Rechnung des Klägers auf 349 L. 75 C. [28]).

---

27) Kommentar III S. 524 Anm. **.

28) Das gemeinrechtliche Princip erscheint dagegen gewahrt gelegentlich eines ganz ähnlichen Falls in einem Erkenntnisse des Ober-

Die Begründung jener Bestimmung des a. b. GB., welche wir nach Zeiller[29]) bei den übrigen Kommentatoren finden, ist folgende naturrechtliche Erwägung: Wie es gerecht ist, daß jener, der nur den Schaden sich selbst beimessen muß, oder daß jener, welcher allein den andern beschädigt hat, den ganzen Schaden übernehme, so ist es auch gerecht und billig, daß, wenn sowohl der Beschädigte, als ein Dritter an der Beschädigung Schuld tragen, der Schaden unter beide vertheilt werde. Was die „verhältnißmäßige" Theilung anlangt, so soll nach der Meinung der Erklärer der Grad des Verschuldens entscheiden, und nur, wenn sich keins derselben als überwiegend darstellt, die gleichmäßige Vertheilung Platz greifen.

Es braucht keiner weiteren Ausführung, daß jene naturrechtliche Spekulation ihre sehr bedenklichen Seiten hat, und daß durch jene Paragraphen der Knoten, statt gelöst, durchhauen wird. Es liegt auch hier, wie in manchen andern Bestimmungen über Schadensersatz, der Theorie Zeiller's und seiner Zeitgenossen eine Vermischung des straf- und des civilrechtlichen Gesichtspunktes zu Grunde. Alles ist auf die subjective Willensrichtung gestellt. Statt aus dem Kausalverhältnisse heraus wird der Schaden nach der Größe des Versehens vertheilt. Während nach römischem Rechte der Be-

---

hofgerichts in Mannheim, Seuffert, Arch. XII S. 35: „Wenn ein Beamter auf dem Grund seiner gesetzlichen Gewaltsbefugnisse einen Vertrag abschließt, diejenigen aber, in deren Namen er den Vertrag abgeschlossen hat (sei es der Staat, eine Gemeinde oder andere Körperschaft u. s. w.), denselben deswegen nicht erfüllen, weil der Beamte dabei (nach einer andern Auslegung der Gesetze) seine Kompetenz überschritten habe, so kann er von dem Mitkontrahenten nicht auf Entschädigung belangt werden, weil der letztere die Gesetze ebenfalls kennen muß, der Umfang der Gewaltsbefugnisse des Beamten bei dem Vertragsabschlusse ihm also hinlänglich bekannt war."

29) Zeiller, Kommentar V S. 726 N. 1. 2.

schädigte, wenn er seinen Nachtheil selbst verschuldet, gar nicht als verletzt erscheint, und demgemäß die konkurrirende Schuld eines Andern als unschädlich und deshalb juristisch wirkungslos behandelt wird, glaubt das Oesterreichische Gesetzbuch den Andern, dessen Verfahren ja auch zu mißbilligen ist, gleichsam nicht ohne die verdiente Ersatzpflicht wegkommen lassen zu dürfen. Setzen wir den Fall, daß der Herr eines schlimmen Hundes denselben ohne Vorsichtsmaßregel frei herumlaufen läßt. Jemand reizt das Thier unvorsichtiger Weise und wird deshalb gebissen, während ohne dieses Reizen dieser schädliche Erfolg ausgeblieben wäre. Soll der Herr des Thieres die Folgen der Verwundung mit tragen, und vielleicht, wenn sein Verfahren sich als noch unvorsichtiger herausstellt, als das des Gebissenen, drei Viertel des Nachtheils, welcher doch sicher gar nicht eingetreten wäre ohne einen Umstand, der lediglich dem Beschädigten zur Last fällt? Die Polizei mag ihn strafen, aber daß er den Nachtheil tragen soll fremden Leichtsinns, der wirklich zu Schaden geführt hat, wegen seines Versehens, das ohne jenen Leichtsinn nicht dazu geführt hätte, dürfte ein Resultat sein, an dessen Gerechtigkeit und Billigkeit zumal diejenigen leicht zweifeln werden, die mit Mommsen Nichts natürlicher finden, als daß ein Jeder die Folgen seiner Nachlässigkeit selbst zu tragen hat. Und wenn ich Jemandem aus Versehen etwas auf den Arm fallen lasse, dieser vertraut sich einem Quacksalber an und wird durch dessen Unkenntniß arbeitsunfähig, so sollte ich den dritten Theil der Folgen dieser Pfuscherei tragen müssen, neben mir der Quacksalber [30]) das zweite Drittel, und der Beschädigte selbst das

---

30) Nach gemeinem Rechte hat der durch fremde Schuld Verletzte, der sich mit eigener Schuld einem Quacksalber anvertraut, keinen Ersatzanspruch. Vergl. Erkenntniß des OAG. zu Lübeck bei Seuffert XIII S. 39 ff., wo die Schadensersatzklage deswegen

dritte? Und wenn ich den undeklarirten Brief mit 1000 Fl. verliere, soll ich 500 Fl. zahlen?

Anders das französische Gesetzbuch. Dasselbe enthält über den Fall konkurrirender Kulpa des Beschädigers und Beschädigten keine ausdrückliche Bestimmung. Indessen was den Schadensersatz aus kontraktlichen Verhältnissen anlangt, so wird die Geltung des Satzes Quod quis ex culpa sua etc. ersetzt durch den Inhalt von Art. 1150 des code civil, nach welchem, abgesehen vom Falle, daß Beschädiger in dolo ist, nur geleistet zu werden brauchen des dommages — intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, und des Art. 1151, wonach jedenfalls nur gehaftet wird für dasjenige, qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. Durch diese Bestimmungen werden einerseits die Fälle getroffen, wo erst hinzukommende Schuld des Beschädigten zum nachtheiligen Erfolge geführt hat [31]), andererseits auch diejenigen, wo der Beschädiger durch Schuld des Beschädigten die schlimmen Folgen seiner culpa nicht voraussehen konnte. Zugleich liegt in unserer Ausführung der Grenzpunkt angedeutet, bis zu welchem die enormen Beschränkungen der Schadensersatzverbindlichkeit des französischen Rechts sich juristisch rechtfertigen lassen.

Hinsichtlich des durch Delikt entstandenen Schadens (Art. 1382, 1383) ist ebenfalls für den Fall konkurrirender Verschuldung des Beschädigten keine ausdrückliche Bestimmung getroffen. Nach Zachariä und den von ihm Angeführten ist hier Alles auf das richterliche Ermessen gestellt [32]). Ge-

---

durchdringt, weil „die schlechte Heilung nicht der eigenen Schuld der Klägerin zur Last zu legen ist".

31) Vgl. Duranton, Cours de droit français t. X p. 497, nach Pothier, Traité des obligations, part. 1 chap. II § 167, Oeuvres publ. par Dupin tom. I p. 87.

32) Zachariä, Handbuch des franz. Civilr. II § 444 S. 472 (3. Ausg.).

gen die Verantwortlichkeit für den durch ein Thier angerichteten Schaden kann man sich durch die Einwendung schützen, daß der Beschädigte an der erlittenen Beschädigung selbst schuld gewesen sei [33]).

Am speciellsten behandelt das preußische Landrecht die Frage, inwieweit eigene Verschuldung des Beschädigten den Beschädigten vom Ersatze befreit. Namentlich für außerkontrakliche Beschädigung stellt es eine eingehende Kasuistik auf. Nämlich 1. Thl. 6. Tit.

§ 18. Von der Vergütung eines aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügten unmittelbaren Schadens wird der Beleidiger durch die mit eintretende Verschuldung des Beschädigten nicht befreit.

§ 19. Hingegen darf der unmittelbare Schade und der entgangene Gewinn nicht ersetzt werden, wenn der Beschädigte bei der Abwendung desselben sich selbst ein grobes Versehen hat zu Schulden kommen lassen.

§ 20. Ein dergleichen eigenes grobes Versehen des Beschädigten macht denselben aller Schadloshaltung verlustig, wenn der Schade nur aus einem mäßigen oder geringen Versehen des Beschädigers entstanden ist.

§ 21. Der Ersatz des aus mäßigem oder geringem Versehen entstandenen mittelbaren Schadens und entzogenen Gewinnes fällt schon alsdann weg, wenn der Beschädigte den Nachtheil durch Anwendung der gewöhnlichen Aufmerksamkeit vermeiden konnte.

Hiermit steht das preußische Landrecht dem gemeinen Rechte weit näher, als das Oesterr. a. b. GB. Es entfernt sich von der römischen Theorie nur einerseits durch die Distinktion

33) Ebendas. § 448 S. 477 und die dort Angeführten.

zwischen unmittelbarem Schaden und mittelbarem Schaden, dem dann der entgangene Gewinn gleichgesetzt wird; und andererseits durch die Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus, während nach gemeinem Recht, wie oben entwickelt, auch culpa lata des Beschädigers durch culpa levis des Beschädigten unschädlich werden kann. Man sieht, wie im Gegensatz zum österreichischen und französischen Rechte, welche Alles dem Ermessen des Richters anheimstellen, der preußische Gesetzgeber dem Richter zugleich möglichst festen Anhalt geben und doch ein möglichst feines Abwägen ermöglichen wollte.

Genauer noch schließt sich das Landrecht an's gemeine an in Bezug auf den Schadensersatz wegen Eviktion, 1. Thl. 5. Tit.

§ 321. Ist die Unmöglichkeit, sich der Sache solchergestalt zu bedienen, durch eigenes auch nur geringes Versehen des Empfängers entstanden, so kann derselbe von dem Geber keine Vertretung fordern.

Dagegen wieder mehr im Sinne der früher citirten Vorschriften ist die Bestimmung hinsichtlich der verschuldeten Unmöglichkeit der Erfüllung der Obligationen:

§ 362. Fällt beiden Theilen bei der eingetretenen Unmöglichkeit ein gleicher Grad der Verschuldung zur Last, so muß jeder dem Andern den unmittelbar daraus entstehenden Schaden ersetzen.

§ 363. Wegen des mittelbaren Schadens aber findet gegenseitig kein Anspruch statt.

Kaum dürften übrigens die verschiedenen hier einschlagenden Bestimmungen des Landrechts sich auf ein einheitliches Princip zurückführen lassen.

Uns lag hier zunächst nur an der Formulirung und Begründung der gemeinrechtlichen Theorie. Wir glauben, daß sie, abgesehen von ihrer inneren Konsequenz, auch deshalb

der der Partikularrechte weit vorzuziehen ist, weil sie ganz die rechte praktische Mitte hält zwischen dem Schematismus des Landrechts einerseits und der Theilungs- und ziemlich vagen Billigkeitstheorie des österreichischen und französischen Rechts andererseits. Auch nach gemeinem Rechte hat das Ermessen des Richters noch einen ziemlich weiten Spielraum, indem namentlich die Frage, ob Etwas als culpa anzurechnen sei [34]), oft das allergenauste Eingehen in die Umstände des Falls bekanntlich erfordert. Noch weiter reicht es aber selbstverständlich in der letzten Kategorie der besprochenen Fälle, wo der Richter zu untersuchen hat, ob die culpa des Einen ohne die des Andern würde eingetreten sein.

34) So war die Frage, ob Beschädigtem sein Verhalten als Verschuldung anzurechnen sei, der Cardinalpunkt der in Anm. 13 angeführten Entscheidung.

III.

Zur Lehre von den Bereicherungsklagen.

Von

Dr. **Hermann Witte**,

Privatdocenten in Berlin.

Gegenüber einer Praxis, die sich bei dem Mangel einer festen Theorie gewöhnt hatte, stets dann, wenn Jemand einen Gewinn gemacht hat, der auf den Verlust eines Andern zurückgeführt werden kann, als letztes Mittel eine Bereicherungsklage für zulässig zu erachten, habe ich in meiner Schrift „Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. Halle 1859" nachzuweisen gesucht, daß die Sentenz: **aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem** nicht als unmittelbar praktischer Rechtssatz angesehen werden könne. Es sei vielmehr der in derselben ausgesprochene Gedanke nur als Motiv bei der Bildung nicht weniger Rechtssätze von Einfluß gewesen, er dürfe deßhalb auch nur zur Erläuterung positiver Rechtsbestimmungen herangezogen werden. Zur Feststellung des geltenden Rechts habe ich dann den Versuch gemacht, alle möglichen Combinationen, wie Jemand aus dem Vermögen eines Anderen einen Gewinn machen kann, ohne daß über seine Verpflichtungen ein bindender Vertrag Bestimmungen trifft, zu beleuchten und zu untersuchen, in welchen Fällen

eine Klage für den Verlierenden begründet sei. Die Aufgabe war dann, die Voraussetzungen der Klage genau anzugeben und den Gegenstand derselben zu bestimmen. Alle derartigen Klagen kann man in gewissem Sinne Bereicherungsklagen nennen, insofern sie ohne eine, wenn auch vorübergehende Bereicherung auf Seiten des Verklagten nicht entstehen können, und gerade durch diese Bereicherung, die unter den gegebenen Verhältnissen zur Restitution verpflichtet, in das Leben gerufen werden. Doch pflegt man als Bereicherungsklagen im engeren Sinne nur diejenigen Klagen zu bezeichnen, die eine noch gegenwärtige Bereicherung auf Seiten des Verklagten voraussetzen und gerade auf Herausgabe des vorhandenen Gewinnes gerichtet sind. In diesem letzten Sinne mußte einer Reihe von Klagen, die man häufig zu den Bereicherungsklagen rechnet, dieser Charakter abgesprochen werden, und es ergab sich, daß nur in wenigen bestimmt begrenzten Fällen eine vorhandene Bereicherung als solche eine Klage auf Herausgabe derselben hervorruft.

Im vierten Bande dieser Jahrbücher S. 159—320 hat nun aber Dr. Jacobi eine Abhandlung über den Rechtsbegriff der Bereicherung veröffentlicht, in welcher er die Annahme von Bereicherungsklagen überhaupt als unhaltbar darstellt. Er leugnet durchaus, daß jemals die Bereicherung aus dem Vermögen eines Andern den Grund zu einer Klage abgeben könne.

Meines Erachtens sind die dafür beigebrachten Gründe nicht stichhaltig und führen zu einer den Quellen wenig entsprechenden Construction der einzelnen Rechtsverhältnisse. Die Aufgabe des vorliegenden Aufsatzes ist es, die bisherige Theorie, welche zwar darin häufig irrte, daß sie mit Gewährung einer Bereicherungsklage zu freigebig war, nicht aber darin, daß sie die Existenz von Bereicherungsklagen überhaupt an-

nahm, gegen die Angriffe Jacobi's zu vertheidigen. In diesem Sinne möge es aufgefaßt werden, wenn ich Jacobi gegenüber die Rechtfertigung meiner Schrift in diesen Blättern versuche. Es sollen dabei zunächst die Einwendungen gegen die Annahme von Bereicherungsklagen überhaupt untersucht, und sodann die Constructionen, welche Jacobi an die Stelle der Bereicherungsklagen setzen will, einer Kritik unterworfen werden.

Als Grundlage diene eine kurze Zusammenstellung der Resultate, zu denen ich rücksichtlich der hier interessirenden Fragen in der citirten Schrift gelangt bin.

I. Hat Jemand in eigener Person die Bereicherung eines Anderen aus seinem Vermögen vermittelt, so kann dies

A. ohne contraktliche Einigung der beiden Parteien geschehen sein. Es liegt dann entweder eine beabsichtigte Geschäftsführung ohne Auftrag vor oder es ist die Bereicherung eine nothwendige Folge von Verwendungen, die man im Irrthum über das Eigenthum auf eine fremde Sache gemacht hat. Diesem Falle ist es gleichzustellen, wenn ein Eigenthümer seiner Sache dadurch beraubt wird, daß er sie mit einem fremden Gegenstande in eine Verbindung bringt, die iure accessionis einen Eigenthumswechsel herbeiführt.

1) Die negotiorum gestio begründet eine Klage, sofern sie als utilis angesehen werden kann. Auf die gegenwärtige Bereicherung des dominus kommt es nicht an, nur läßt jede positive Vermehrung seines Vermögens die gestio insoweit als utilis erscheinen. Zur juristischen Construktion der Klage wird auf eine im eigenen Interesse des dominus gesetzlich anerkannte Verpflichtung zur Ratihabition der gestio utilis Bezug genommen. Voraussetzung ist aber auf Seiten des

gestor die contemplatio domini, die Absicht, durch die Auslagen einen Anspruch gegen den Geschäftsherrn zu erwerben. Nur bei dem bonae fidei possessor hereditatis ist in dieser Beziehung eine Ausnahme anerkannt. Die Bestimmung des SC. Juventianum, welche dem Besitzer der Erbschaft jeden aus derselben erlangten Vortheil entzieht und ihn als unfreiwilligen negotiorum gestor des Erben erscheinen läßt, sofern dies im Interesse der Erbschaft liegt, macht es nothwendig, daß er auch vor allem Nachtheil möglichst sicher gestellt werde. Hat er deßhalb im Glauben, Erbe zu sein, eine dem wahren Erben obliegende Pflicht erfüllt und diesen dadurch von einer Schuld befreit, so wird ihm trotz seines Irrthums zur Zeit der Handlung eine actio negotiorum gestorum gegeben (§§ 2—4).

2) Derjenige, welcher durch Verwendungen auf eine fremde Sache, die nicht als Auslagen bei einer negotiorum gestio angesehen werden können, einen Verlust erleidet, sowie der iure accessionis durch eigene Handlungen benachtheiligte Eigenthümer hat auf Grund dieser Thatsache keine Klage. Nur ein durch exceptio doli geschütztes Retentionsrecht wird ihm zugestanden, wenn der bereicherte Eigenthümer sein Eigenthum geltend macht, ohne auf den erhöhten Werth der fraglichen Sache Rücksicht zu nehmen. Das Princip, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Anderen bereichern solle, hat hier also nicht bis zur Gewährung einer Klage geführt, sondern läßt nur eine Selbsthülfe in gewissen Grenzen als gerechtfertigt erscheinen, wobei dann die bona oder mala fides des Verlierenden von wesentlichem Einfluß ist (§ 1).

B. Die Bereicherung Jemandes, welche der Verlierende selbst vermittelt hat, kann aber auch durch ein Rechtsgeschäft der beiden Parteien herbeigeführt sein. Von einem Geschäft, welches die Begründung eines obligatorischen Verhältnisses zum Zweck hat, ist nicht die Rede. Denn wo ein solches vorliegt, können die gegenseitigen Verpflichtungen nur nach den Grundsätzen, welche für Verträge des betreffenden Inhalts aufgestellt sind, beurtheilt werden. Das Geschäft muß auch zu einer unmittelbaren Bereicherung des Gewinnenden geführt haben. Ohne dies hat der Verlierende seinem Contrahenten nur die Gelegenheit gegeben, sich durch eigene Handlungen (Verzehren, Veräußern eines fremden Gegenstandes) zu bereichern, kann aber nicht selbst als Quelle der Bereicherung angesehen werden. Es handelt sich also um die Klagen auf Rückerstattung der ohne Abschluß eines obligatorischen Vertrages gemachten Zuwendungen, um die condictiones datorum. Es ist dies das Gebiet, in welchem der Satz zur Anwendung kommt: quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit. Der Gegenstand, welcher sine causa aus dem Vermögen des Einen in das des Andern übergegangen ist, kann zurückgefordert werden. In der Regel muß aber der Wille des Uebertragenden, die Dispositionsfähigkeit desselben vorausgesetzt, als genügende causa angesehen werden. Nur unter besonderen Voraussetzungen wird in demselben eine ausreichende causa nicht gefunden. Zunächst, weil das Recht den Willen als unsittlich reprobirt. So ergeben sich die Fälle der condictiones ob iniustam causam, von denen die condictio ob turpem causam eine species ist (§ 6). Sodann, weil bei einer freien Interpretation des Willens der thatsäch-

liche Zustand als im Widerspruch mit demselben erscheint, da die mit der Vermögensübertragung verfolgte Absicht nicht erreicht ist, die Leistung nicht die Bestimmnng erfüllt, die ihr von dem Urheber gegeben war. Dieser Gedanke liegt den condictiones sine causa zu Grunde, zu denen als Unterarten die condictio indebiti und die condictio causa data causa non secuta gehören (§ 8). Die Berücksichtigung des Zweckes der in rechtsgültiger Form ausgeführten Handlungen wird als Resultat der aequitas bezeichnet, die condictiones sine causa werden auf das bonum et aequum zurückgeführt. Deßhalb wird in ausgedehntem Maße darauf Rücksicht genommen, ob nicht die Zulassung einer Rückforderung der Leistung vom Standpunkte des Empfängers eine Unbilligkeit enthalte. So fällt die Rückforderung demjenigen gegenüber fort, qui suum recepit, wobei auch naturales obligationes berücksichtigt werden (§§ 9—11), so wird die condictio indebiti versagt, wenn die Durchführung derselben eine Anstandspflicht verletzen würde (§ 11), so kann die Vereitelung des beabsichtigten Zweckes nur dann geltend gemacht werden, wenn der Empfänger der Leistung mit der Bestimmung denselben bekannt sein konnte, nicht aber, wenn er mit gutem Grunde eine Schenkung zu empfangen glaubte (§ 12), so endlich wird zur Begründung der condictio indebiti der Beweis eines entschuldbaren Irrthums verlangt, weil der Empfänger einer Zahlung sich mit Recht auf die Prüfung des Schuldverhältnisses durch den Zahlenden verlassen kann und nicht durch dessen Leichtsinn in die Lage versetzt werden darf, nachträglich eine erhaltene und vielleicht längst consumirte Summe zurückzahlen zu müssen (§ 13). Ist aber hiernach eine Klage begründet, so wird der Gegenstand nicht

durch die Bereicherung des Verklagten zur Zeit der Klaganstellung bestimmt. Sobald etwas sine causa in das Vermögen Jemandes gekommen ist, entsteht für ihn die Verpflichtung zur Restitution, über deren Wegfall nur allgemeine Grundsätze entscheiden können. Dabei ist wie immer ein Unterschied zu machen, je nachdem der Gegenstand der Forderung eine species oder ein genus ist, auch ist die bona resp. mala fides des Verklagten insofern von Bedeutung, als bei Verpflichtungen zur Leistung einer species eigene Handlungen des debitor nur dann befreiend wirken können, wenn sie bona fide vorgenommen sind (§§ 20—22).

II. Die Bereicherung zum Nachtheil eines Anderen kann aber auch durch einen Dritten vermittelt werden. Es gelten dabei verschiedene Grundsätze, jenachdem der Dritte die Mittel durch ein Rechtsgeschäft oder durch ein Delikt erworben hat. Vorausgesetzt wird, daß der Dritte nicht in Folge eines Auftrages oder eines Amtes als Stellvertreter des Gewinnenden bei Abschluß des Geschäftes oder Vornahme des Deliktes erscheine, da sonst jener als selbst handelnd anzusehen ist. Auch muß der Dritte unmittelbar eine Bereicherung des Gewinnenden herbeigeführt, nicht nur die Gelegenheit zu einer Bereicherung durch eigene Handlungen gegeben haben, da sonst nicht von einer Bereicherung durch den Dritten gesprochen werden kann.

A. Im ersten Falle, wenn die Mittelsperson das Vermögensobjekt, durch das oder aus dessen Erlös Jemand zum Nachtheil eines Anderen bereichert wird, durch ein Rechtsgeschäft erworben hat, steht dem Verlierenden keine Klage gegen den Gewinnenden zu. Es fehlt zwischen ihnen an einem die Klage begründenden negotium. Davon, daß ein Vermögensbestandtheil des Einen sine

causa bei dem Anderen sich vorfinde, kann nicht die Rede sein, da die Handlung der Mittelsperson hinreichende causa für das Verbleiben der Leistung bei dem Empfänger ist. Die Bereicherung endlich hat nicht unter solchen Umständen stattgefunden, daß auf Grund derselben die Gewährung einer Klage als gerechtfertigt erschiene, da auch der Empfänger auf billige Rücksicht Anspruch machen kann und fordern darf, das ihm dasjenige, was er rechtlich erworben, nicht von einem Dritten, zu dem er in gar keinem Verhältniß steht, wieder entzogen werde. Der Verlierende hat sich ausschließlich an seinen Contrahenten zu halten. Eine Ausnahme macht nur die actio de in rem verso. Es ist dies die Klage, welche dem mit einem Gewaltunterworfenen Contrahirenden gegen den Gewalthaber dann zusteht, wenn der Gewaltunterworfene das durch das Geschäft Erhaltene in einer Weise im Interesse des Gewalthabers verwendet hat, die ihm eine actio negotiorum gestorum contraria sichern würde, wenn er als freie Person gehandelt hätte. Die Klage ist die Geschäftsklage. Sie geht gegen den Gewalthaber auf Herausgabe dessen, was er einem freien negotiorum gestor in Folge der actio negotiorum gestorum contraria leisten müßte. Sie ist ein Ersatz dafür, daß die gewaltunterworfene Person ihrem Gläubiger eine actio negotiorum gestorum nicht cediren kann, eine solche also auch nicht als eventuelles Executionsmittel dem Contrahenten zu Gebote steht. Bei der weiteren Ausbildung der actio quasi institoria und der Lehre von der fingirten Cession wurde diese actio de in rem verso auch demjenigen gegeben, der mit einem als negotiorum gestor eines Dritten Auftretenden contrahirt hat, sofern in der That das Objekt des Ge-

schäfts im Interesse des Dritten durch negotiorum gestio verwendet ist (§§ 33—35).

B. Hat die Mittelsperson den Gegenstand, den sie zur Bereicherung Jemandes verwendet, durch ein Delikt erworben, so fehlt gleichfalls dem Verlierenden in der Regel eine Klage gegen den Bereicherten, und zwar aus denselben Gründen, die bei dem soeben besprochenen Falle ausgeführt sind. Eine Ausnahme macht hier nur kraft positiver Bestimmung das Delikt des Zwanges. Mit der actio quod metus causa wird ein Jeder, der in Folge der Gewaltthat einen Vortheil gehabt hat, zur Restitution desselben genöthigt. Ferner soll wegen des besonderen Verhältnisses des Delinquenten zu dem Bereicherten der Gewinn herausgegeben werden, welcher in Folge des Deliktes eines durch Amt oder Auftrag bestellten Vertreters oder durch eine gewaltunterworfene Person gemacht wird. Das Objekt dieser auf aequitas zurückgeführten Klage wird durch die Bereicherung zur Zeit der Klaganstellung gegeben (§ 36).

III. Mannigfacher gestalten sich die Fälle, in denen der Gewinnende durch eigene Handlungen die Bereicherung herbeiführen kann. Erlangt man den Besitz einer fremden Sache, ohne Eigenthümer derselben zu werden, so ist man noch nicht bereichert, da die Sache nicht zu dem eigenen Vermögen gehört, vielmehr mit der Vindikation wieder abgefordert werden kann. Damit eine Bereicherung vorliege, bedarf es noch eines Aktes, welcher wirklich eine Veränderung in den Vermögensverhältnissen begründet, sei dies nun eine Veräußerung gegen ein dem Veräußernden zufallendes pretium oder ein Verzehren, Specificiren u. s. w. Zur Beantwortung der Frage, ob eine solche Bereicherung herauszugeben sei, muß unterschieden werden, in wel-

cher Weise der Gewinnende in den Besitz der Sache gekommen ist.

A. Hat Jemand den Besitz einer Sache auf Grund eines Geschäftes mit dem Eigenthümer selbst erhalten, ist aber das Eigenthum deßhalb nicht auf ihn übergegangen, weil der Tradent zur Veräußerung nicht befähigt war, so treten nachträglich mit der Consumtion der erhaltenen Gegenstände die Folgen ein, welche sich unter Voraussetzung des Eigenthumsüberganges sofort an das Geschäft angeschlossen haben würden. Namentlich ist nunmehr der animus, mit welchem der Empfänger die Leistung angenommen hat, maßgebend für seine Behandlung. So entsteht eine Darlehnsschuld für denjenigen, der von einem Pupillen Geld als Darlehen angenommen hat, sobald dies durch Consumtion der Vindikation entzogen ist, und wird der Pupill, der seine Schuld berichtigen wollte, nach der Verzehrung von seiner Verbindlichkeit befreit. Mala fides auf Seiten des Empfängers begründet daneben eine actio ad exhibendum. In gleicher Weise entscheidet die Absicht des Empfängers, wenn wegen eines Irrthums ein gültiges Geschäft nicht zu Stande kommt. Wer etwas in Empfang nahm, um sich dadurch zu verpflichten, der kann sich der Verbindlichkeit nicht entziehen, wenn ihm der erwartete Vortheil aus dem Geschäft wirklich zugeflossen ist. Hat er aber ohne seine Schuld irrthümlich eine Schenkung in Empfang zu nehmen geglaubt, so ist er nach Wegfall der Vindikation einer Klage nicht mehr ausgesetzt.

Die Bestimmung, daß ein Ehegatte auch den durch Umsatz der geschenkten Sache gezogenen Gewinn herauszugeben habe, ist ganz positiver Natur, und kann zur Aufstellung allgemeiner Regeln nicht benutzt werden (§ 37).

B. Ist der Besitz einer fremden Sache durch ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten erworben, so ist für den Eigenthümer nach Wegfall der Vindikation keine Klage begründet. Gegen die Zulassung einer Bereicherungsklage spricht die billige Rücksicht auf den Gewinnenden, der berechtigt war, die erworbene Sache als sein Eigenthum anzusehen und ohne Gefahr einer Ersatzverbindlichkeit darüber zu verfügen. Dolose Verwerthung einer fremden Sache gilt als furtum und begründet die Diebstahlsklage. Als eine solche ist auch die condictio fructuum gegen den malae fidei possessor einer fruchttragenden Sache anzusehen. Wenn jedoch die fremde Sache noch in natura vorhanden ist, aber als integrirender Theil einer anderen nicht vindicirt werden kann, so hat der Eigenthümer, sofern er nicht selbst die Verbindung herbeigeführt hat, gegen jeden Besitzer der Hauptsache als Ersatz für die Vindikation eine utilis in rem actio, die später auch als in factum actio bezeichnet wurde (§ 38 und 39).

C. Hat der Gewinnende den Besitz der Sache durch eigene Handlungen ohne Mitwirkung des Eigenthümers oder eines Dritten erworben, so ist ein Unterschied zu machen, jenachdem sich die Handlung als Delikt oder als Handlung bona fide charakterisirt.

1) Jeder in Folge eines Deliktes gemachte Gewinn ist herauszugeben. Auf die Fortdauer der Bereicherung kommt es dabei nicht an. Auch gegen die Erben des Delinquenten sind die reipersekutorischen Deliktsklagen keine Bereicherungsklagen im engeren Sinne. Es genügt, wenn überhaupt einmal durch das Delikt die Erbschaft vergrößert gewesen ist, mag dieser Vortheil auch nachträglich wieder verloren sein (§ 40).

2) Hat Jemand ohne Mitwirkung des Eigenthümers oder eines Dritten bona fide den Besitz einer fremden Sache erlangt, so muß ein titulus putativus vorliegen. In einem solchen Falle sprechen die Umstände entschieden zu Gunsten des Verlierenden. Eine allseitige Erwägung des Verhältnisses läßt eine Klage auf Herausgabe des aus der fremden Sache gezogenen Gewinnes als gerechtfertigt erscheinen. Der Bereicherte kann sich zur Begründung der bona fides nur auf seinen Irrthum berufen, der ihm ein Anrecht auf den erzielten Vortheil nicht zu begründen im Stande ist. Gegen den aus einer titulo putativo besessenen Sache Bereicherten ist deßhalb dem verlierenden Eigenthümer eine subsidiäre Klage gewährt, wenn er ohne dieselbe wegen des Wegfalls der Vindikation ohne Rechtsschutz sein würde. Auf den Verklagten wird insofern Rücksicht genommen, als er nur den gegenwärtigen Gewinn herauszugeben braucht, vor einem positiven Schaden also gesichert ist. Die Klage ist danach eine Bereicherungsklage im engeren Sinne. Rechtsgeschichtlich erscheint sie als eine weitere Durchführung des zunächst für den possessor hereditatis durch das SC. Juventianum aufgestellten Princips (§ 41).

IV. Dasselbe gilt endlich, wenn ohne alles Zuthun des Verlierenden, eines Dritten oder des Gewinnenden Jemand durch Zufall, z. B. durch Naturereignisse, einen Gewinn mit dem Schaden eines Anderen macht. Auch hier kann das Princip, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Anderen bereichern soll, rein zur Anwendung kommen, da der Gewinnende seinerseits nichts, was zur Versagung einer Klage führen könnte, für sich anzuführen vermag. Es

ist deßhalb dem Verlierenden in einem solchen Falle eine Bereicherungsklage gewährt (§ 42).

Daß Personen, welche sich zu verpflichten unfähig sind, auch aus Contraktsverhältnissen nur so weit haften, als sie thatsächlich zur Zeit der Klaganstellung bereichert sind, ist bekannt. Gegen sie sind vor Allen wahre Bereicherungsklagen begründet. Auch die Klagen, welche ohne Vertrag durch den Uebergang eines Vermögenswerthes aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen hervorgerufen werden, sind gegen Verpflichtungsunfähige stets auf die vorhandene Bereicherung beschränkt, auch wenn sie gegen andere Pesonen einen weiteren Umfang haben sollten.

Gegen diese Ausführung wendet Jacobi zunächst ein, daß auch durch sie, wie dies allgemein geschieht, die Bereicherungsklagen auf aequitas, Billigkeit, zurückgeführt würden, während doch die Billigkeit ein für das Recht ganz unbrauchbarer Begriff sei (S. 162 ff., 172 ff.).

Daß bei der Begründung der Bereicherungsklagen auf Billigkeit unter aequitas nicht die Normen verstanden sind, die der Beurtheilende in jedem einzelnen konkreten Falle den Geboten der Moral oder des Christenthums entnimmt, so daß die billige Beurtheilung einen Gegensatz bildet zur rechtlichen, scheint einer Ausführung nicht zu bedürfen. Denn wenn die Zulassung einer Bereicherungsklage von ganz bestimmten thatsächlichen Voraussetzungen abhängig gemacht wird, so wird damit ein Rechtssatz constatirt und das subjective Ermessen des Richters, ob er im einzelnen Falle einen Anspruch als moralisch gerechtfertigt anerkennen wolle oder nicht, vollständig ausgeschlossen. Von jener Billigkeit kann man allerdings sagen, sie habe für das Recht keine Bedeutung und könne nicht der Inhalt auch nur eines einzigen Rechtssatzes werden, da sie ja ihrem Begriffe nach einen Gegensatz zum Recht vor-

aussetzt. Das römische Recht kennt aber eine aequitas, die für die Entwickelung desselben von der durchgreifendsten Bedeutung gewesen ist und unendlich viele Rechtssätze in's Leben gerufen hat. Sie ist der Inbegriff der Normen, welche sich bei der Beurtheilung eines Rechtsverhältnisses nach inneren, materiellen Momenten ergeben, welche hervorgehen aus der Ermittelung der Natur der Sache, dessen, was bei allseitiger, von den Fesseln einer nationalen Anschauung gelöster, rechtlicher Erwägung als angemessen und zweckmäßig erscheint. Sie ist der Gegensatz gegen das ius strictum, nach welchem die Form entscheidet, selbst wenn das Resultat dem Willen der Parteien nicht entsprechen sollte, nach welchem wenige allgemeine Abstraktionen durchgreifen, ohne daß auf die subjektive Verschiedenheit der einzelnen Fälle Rücksicht genommen wird, nach welchem, abgesehen von einzelnen bestimmt hervorgehobenen Deliktsobligationen, Verpflichtungen nur entstehen können, wenn sie in der vorgeschriebenen Form ausdrücklich übernommen werden. Dieser Gegensatz in der Entwickelung des römischen Rechts ist so unzweifelhaft, er kehrt so unendlich häufig wieder, seine Wirkungen sind so handgreiflich und in die Augen fallend, daß es in der That überflüssig ist, bei demselben länger zu verweilen. Daß er Jacobi entgangen sein sollte, ist undenkbar. Was aber soll es dann heißen, wenn Jacobi S. 175 N. 21 a. E. behauptet, es sei durchaus unlogisch und unzulässig, die aequitas zum besonderen Charakter und unterscheidenden Merkmale eines einzelnen Rechtsinstitutes oder Klagerechts stempeln zu wollen, oder wenn er S. 176 folgert: „Hiernach enthält nun die Begründung der Bereicherungsklagen auf die aequitas (alias Billigkeit) ganz im Allgemeinen nichts Anderes als die Behauptung: die Aufhebung der Bereicherung des A aus dem Vermögen des B sei abgesehen von allen beson-

deren Verhältnissen, also unter allen Umständen, angemessen und consequent", ein Satz, welcher, wie Jacobi hinzufügt, wohl kaum der ihm von Savigny zu Theil gewordenen Widerlegung bedürfte?

Daß aber gerade die Bereicherungsklagen im weiteren Sinne des Wortes auf die aequitas, auf das bonum et aequum zurückgeführt werden, ist so häufig in den Quellen bezeugt, daß man, um dies zu leugnen, jedenfalls auf Uebereinstimmung mit den Gesetzen verzichten muß [1]). Wenn trotzdem einzelne Klagen, wie namentlich die condictiones datorum, stricti iuris sind, so erklärt sich dies aus ihrem geschichtlichen Zusammenhange mit den streng einseitigen Klagen des älteren Civilrechts. Nachdem einmal der als bonum et aequum charakterisirte Gedanke, daß bei einer Leistung nicht nur auf den unmittelbar bethätigten Willen, sondern auch auf den beabsichtigten Erfolg gesehen werden müsse, rechtliche Anerkennung erlangt hatte, bedurfte der streng einseitige Anspruch, welchen man für begründet erachtete, wenn der Zweck der Leistung nicht erreicht wurde, einer geeigneten Klageform. Denkt man daran, daß die Zahlung einer nicht geschuldeten Geldsumme muthmaßlich die erste Veranlassung zu einer Rückforderungsklage abgegeben habe, so kann es nicht als wunderbar erscheinen, wenn die Wissenschaft an die condictio ex mutuo anknüpfte. Es wurde ja mit dieser Klage genau dasselbe Resultat erstrebt, welches man auch bei der Zahlung einer Nichtschuld herbeizuführen wünschte. So schlossen sich die Klagen auf Zurückgabe einer Leistung, die ihre

---

1) Vergl. z. B. l. 1 de neg. gest. 3, 5. l. 32 de reb. cred. 12, 1. l. 65 § 4. l. 66 de cond. ind. 12, 6. l. 3 § 12 de pec. 15, 1. l. 10 § 24 quae in fraud. cred. 42, 8. l. 1 § 1 de doli mali exc. 44, 4. l. 5 pr. de oblig. et act. 44, 7 u. a. m.

Bestimmung nicht erfüllt, prozessualisch an die condictio ex mutuo an, in welchem Zusammenhange sie bekanntlich auch noch im Corpus iuris behandelt werden. Ihre Zurückführung auf aequitas blieb dennoch von der größten Bedeutung. Wegen dieses ihres Ursprungs schloß man sie aus, wenn die Gewährung eine ungerechtfertigte Härte gegen den Empfänger enthalten haben würde. Die aequitas erforderte eine allseitige Betrachtung des Verhältnisses auch vom Standpunkte des Empfängers. Dies führte zu einer Versagung der condictio, wenn der beabsichtigte Zweck dem Empfänger ohne seine Schuld so verborgen geblieben war, daß er eine Schenkung zu erhalten glauben konnte. Dies ließ eine obligatio naturalis, ja selbst eine Anstandspflicht auf Seiten des im Irrthum Leistenden Berücksichtigung finden, dies bewirkte, daß die Entschuldbarkeit des Irrthums nothwendige Voraussetzung des Klagerechts wurde.

Mit der Behauptung, die Bereicherungsklagen basirten auf aequitas, ist freilich ein praktisches Resultat für die Frage, wann die Bereicherung eine Klage erzeuge, nicht gewonnen. Der heutige Jurist steht dem mit ius respondendi ausgestatteten römischen iuris auctor keineswegs gleich. Er hat nicht die Aufgabe, ein formelles, der fortgeschrittenen Entwickelung nicht mehr entsprechendes Recht durch seinen juristischen Takt unmittelbar eingreifend fortzubilden. Er hat die Resultate festzustellen, welche durch die klassischen Juristen gewonnen und auf uns im Corpus iuris übertragen sind, er hat dieselben durch Erforschung des inneren Zusammenhangs geistig zu durchdringen und auf diese Weise zu reproduciren, er hat ihre etwaigen Modifikationen durch deutschrechtliche Elemente nachzuweisen, und endlich durch wissenschaftliche Darlegung dessen, was die veränderte Lebensgestaltung oder das tiefer erkannte Wesen der Sache verlangen, die nothwendigen Aen-

derungen des geltenden Rechts vorzubereiten. Deßhalb wird es stets der besonderen Untersuchung bedürfen, unter welchen Voraussetzungen das römische Recht annehme, die aequitas verlange eine Klage für den Verlierenden, unter welchen Voraussetzungen also nach positivem Recht eine Klage begründet sei. Denn der Inbegriff dessen, was als Gebot der aequitas rechtlich anerkannt ist, erscheint in gleicher Weise als Bestandtheil des positiven Rechts, wie die aus dem ius strictum entnommenen Grundsätze, nur ist es für das wissenschaftliche Verständniß von hoher Bedeutung, den Ursprung der geltenden Bestimmungen zu kennen. Bei dieser Untersuchung muß es sich dann weiter ergeben, in welchen Fällen eine Bereicherungsklage im engeren Sinne, eine Klage auf Herausgabe der gegenwärtigen Bereicherung, begründet ist, und in welchen die vorausgesetzten Umstände die Fortdauer einer Bereicherung als überflüssig erscheinen lassen.

Jacobi macht aber weiter geltend, daß eine Bereicherung nie den Grund einer Klage abgeben könne, weil sie rechtlich nur als negativer Begriff in Betracht komme. In einzelnen Fällen nämlich brauche Jemand das Recht eines Anderen nur so weit gegen sich gelten zu lassen, als ihm dasselbe unschädlich sei. Er werde nur dasjenige herauszugeben verpflichtet, was er ohne Verlust entbehren könne, wodurch er bereichert sei. Danach sei die Bereicherung nur eine „Unschädlichkeitstaxe", nie aber selbständiges Klagfundament (S. 182 ff.). Bereicherungsklagen seien auch vollständig überflüssig. Der Benachtheiligte werde vor Verlust hinreichend gesichert durch den dem Eigenthümer gewährten Rechtsschutz, sowie durch die in anderen Fällen zustehenden Geschäftsklagen, die actio negotiorum gestorum und die condictio datorum.

Auf die meines Erachtens falschen Deductionen über die

Eigenthumsklagen, sowie auf die quellenwidrigen Construktionen der actio negotiorum gestorum und der condictiones datorum soll weiter unten eingegangen werden. Zunächst ist die Unhaltbarkeit von Jacobi's Ausführung an einigen Beispielen darzuthun, bei denen von einer Beschränkung eines an sich weiter gehenden Anspruchs auch nicht mit einem Scheine von Recht gesprochen werden kann.

Daß gegen die Mündel, die juristischen Personen, die Auftraggeber, die Gewalthaber Klagen aus den Delikten der Vormünder, der Beamten, der Bevollmächtigten, der Gewaltunterworfenen nicht ipso iure begründet sind, wird nicht bestritten werden. Wenn nun dennoch der Gewinn, den eine der genannten Personen aus dem Delikte des Stellvertreters gezogen hat, mit einer Klage abgefordert werden kann, wie soll man dann die Bereicherung unter den Gesichtspunkt einer Unschädlichkeitstaxe bringen? Auf welches Recht kann sich der Verletzte berufen, wenn die ihm entzogene Sache von dem Delinquenten umgesetzt und der Erlös zum Vortheile des Mündels verwendet ist? Weder das Eigenthumsrecht kann ihn sichern, da in dem vorausgesetzten Falle seine Sache nie in die Hände des Bereicherten gekommen ist, noch liegt ein obligatorisches Recht vor, welches im Interesse des Verklagten auf die Bereicherung beschränkt werden müßte. Das einzige Fundament für die Klage ist die Bereicherung, welche unter Umständen stattgefunden hat, die eine Restitutionsverbindlichkeit rechtfertigen. Es ist dies auch die deutlich ausgesprochene Anschauung der Quellen. So heißt es in l. 3 § 1 de trib. act. 14, 4, einer Stelle, die seltsamer Weise auch Jacobi S. 186 zur Bestätigung seiner Ansicht anführt:

dolum quidem tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto, nec tamen lucro-

sum esse debere, et ideo hactenus eum ex dolo tutoris tributoria teneri, si quid ad eum pervenerit.

Ferner in l. 3 quando ex facto tut. 26, 9:

Dolus tutorum puero neque nocere neque prodesse debet.

und in l. 3 § 12 de peculio 15, 1:

Et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto, actionem de peculio dandam. Idem Labeo probat: quia iniquissimum est, ex furto servi dominum locupletari impune.

Nicht minder beweisend für die Behauptung, daß unter Umständen die Bereicherung mit dem Schaden eines Anderen einen positiven Klagegrund abgebe, sind die Klagen, welche auf Herausgabe der Bereicherung gegen Personen gestattet werden, die sich durch Verträge nicht verpflichten können. Auch hier ist von einem Klagerecht, das nur zu Gunsten des Verklagten nach einer Unschädlichkeitstaxe beschränkt würde, nicht die Rede. Begründete nicht die Bereicherung selbst die Nothwendigkeit der Restitution, so könnte der Bereicherte überhaupt nicht belangt werden. Aus den zahlreichen Stellen, welche dies beweisen, möge nur § 1 J. quib. mod. re contr. 3, 15 herausgegriffen werden:

Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione, non magis quam mutui datione.

Dagegen heißt es in l. 46 de oblig. et act. 44, 7:

Furiosus et pupillus ubi ex re actio venit obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate

und so bezeugt l. 5 pr. de auctor. tut. 26, 8:

naturaliter tamen obligabitur, in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori,

verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam, D. Pius rescripsit.

Gerade für diese Verpflichtung der Pupillen, die Bereicherung herauszugeben, wird als Grund in l. 14 de cond. ind. 12, 6 angeführt:

Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.

Schließlich mögen noch die Bestimmungen über die exceptio doli, durch welche Ersatz der auf eine fremde Sache gemachten Impensen verlangt werden kann, Erwähnung finden. Es heißt von ihr in l. 48 de rei vind. 6, 1:

verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur,

während in l. 1 § 1 de doli mali except. 44, 4 diese exceptio dahin erläutert wird:

Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

Es wird also auch hier eine auf naturalis aequitas zurückgeführte Verpflichtung, die nützlichen Impensen zu ersetzen, den durch fremden Schaden erlangten Vortheil herauszugeben, anerkannt, während doch offenbar an einen Verpflichtungsgrund unabhängig von der Bereicherung nicht zu denken ist. Daß in diesem Falle die aequitas nicht eine selbständige Klage in's Leben gerufen hat, sondern nur zur Versagung des Rechtsschutzes führt, wenn das formelle Recht zur Verletzung des gebilligten Anspruches benutzt werden soll, ist für die Frage nach der Bedeutung der Bereicherung gleichgültig.

Wenig Sätze sind hiernach mit gleicher Bestimmtheit in den Quellen bezeugt, wie der behauptete, daß die Bereicherung auf fremde Kosten unter Umständen einen Anspruch für den Verlierenden begründe. Ein Streit über die Natur dieses

Anspruches ist von wenig Erheblichkeit. Er läßt sich eben nur als ein Anspruch ex re charakterisiren, der durch das positive Recht unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt ist. Die Zurückführung auf einen dolus des Bereicherten ist verkehrt. Erst dann kann in der Verweigerung einer Leistung ein dolus gefunden werden, wenn die Pflicht zur Vornahme denselben bereits feststeht. Nur in diesem Sinne wird in den Quellen mehrfach darauf hingedeutet, daß derjenige dolos handle, welcher die Herausgabe eines ungerechtfertigten Gewinnes verweigere. Es wird dann von der Voraussetzung ausgegangen, daß im gegebenen Falle der Bereicherte den Vortheil nicht behalten dürfe. So z. B. in l. 1 § 47 depos. 16, 3, l. 17 § 4 de instit. act. 14, 3 u. a. m.

Daß in einzelnen Fällen eine ursprünglich weiter gehende Klage aus Billigkeitsrücksichten für den Verklagten beschränkt werden könne auf das wirklich an ihn Gekommene, resp. auf die Bereicherung zur Zeit der Klageanstellung, damit er nicht einen ungerechtfertigten Schaden erleide, ist richtig. So kann z. B. mit den reipersekutorischen Deliktsklagen von den Erben des Delinquenten nur dasjenige eingeklagt werden, quod ad eos pervenit. Es soll dadurch verhindert werden, daß die Klage gegen sie einen pönalen Charakter annehme, wenn sie nämlich zum Ersatz eines dem Erblasser durch das Delikt zugeflossenen Vortheils verpflichtet würden, von dem nichts auf sie gediehen ist. Dies ändert aber das Resultat nicht, wonach in anderen Fällen die Bereicherung einen selbständigen Klagegrund abgiebt.

Untersuchen wir nunmehr die Gründe, aus denen Jacobi die Bereicherungsklagen für überflüssig erklärt. Zunächst soll der Eigenthümer, welcher dadurch einen Verlust erlitten hat, daß seine Sache den Gewinn eines Anderen vermittelt hat, bereits durch den dem Eigenthümer als solchen gewährten

Rechtsschutz gegen allen Nachtheil gesichert sein. Denn wenn auch das römische Recht eine Vindikation in der Regel nur dann als begründet erscheinen lasse, wenn das Eigenthumsrecht an einer Sache durch den Besitz eines Anderen verletzt sei, so müsse doch eine Eigenthumsklage auch in Fällen, in denen der Verklagte nicht mehr besitze, zugestanden werden. Auf den Namen, welchen die Römer einer Klage beigelegt hätten, komme nichts an. Die fortgeschrittene Theorie habe anzuerkennen, daß dasselbe Recht nur eine Klage begründen könne, möchten auch die Veranlassungen zu derselben noch so verschieden sein. So sei auch eine Eigenthumsklage gerechtfertigt, wenn zwar die Sache selbst nicht mehr beansprucht werden könne, weil sie untergegangen oder weil das Eigenthum, etwa durch Usucapion, weggefallen sei, sofern nur ein Dritter aus der Sache irgend einen Vortheil gezogen habe (S. 189). Das Eigenthumsrecht könne durch willkürliche Handlungen Dritter überhaupt nicht geschmälert werden. Der Berechtigte habe deßhalb das, was ihm zukomme, erst dann, wenn jeder aus der Sache durch Verbrauch, Genuß oder Veräußerung gezogene Vortheil ihm herausgegeben oder vergütet sei (S. 233). Die Ansprüche aus dem Eigenthumsrecht müßten noch übrig bleiben, nachdem die res gänzlich oder ihrer Selbständigkeit nach untergegangen sei (S. 244). Dies werde auch durch das SC. Juventianum bei der Erbschaftsklage anerkannt, müsse aber in gleicher Weise gelten, wenn es sich um eine einzelne Sache handle, da das Eigenthum an einer solchen denselben Schutz verlange, wie das Eigenthum an einer universitas, der Schutz aber ein sehr prekärer sein würde, wenn er von der facultas restituendi auf Seiten des Verklagten abhängig gemacht werde (S. 234).

Abgesehen von der Verwischung des Unterschiedes zwischen den actiones in rem und in personam, die mir ein

sehr zweifelhafter Gewinn der fortgeschrittenen Wissenschaft zu sein scheint, ist zunächst zu constatiren, daß eine consequente Durchführung dieser Sätze Resultate ergiebt, vor denen selbst die in Gewährung von Bereicherungsklagen schrankenloseste Praxis zurückschrecken würde. Wenige Worte werden dies beweisen. Die hereditatis petitio ist bekanntlich nur begründet gegen den pro herede oder pro possessore possidens, also gegen Jemanden, der entweder auf Grund eines putativen Titels oder ohne allen Titel Erbschaftsgegenstände in Händen hat. Nur gegen einen solchen soll nach dem Sc. Juventianum die hereditatis petitio unter gewissen Beschränkungen fortdauern, auch wenn er die Erbschaftsgegenstände nicht mehr in natura besitzt. Will man aber in gleicher Weise die Eigenthumsklage ohne Rücksicht auf den Besitz des Verklagten gewähren, so muß man natürlich die Art und Weise, wie derselbe den früheren Besitz erlangt hatte, unbeachtet lassen. Denn bei der Vindikation kommt es auf den Erwerbsgrund des Verklagten nicht an. Sie ist gleichermaßen gegen Jeden zulässig, der eine fremde Sache besitzt, mag er sie gestohlen, gefunden, gekauft, durch Schenkung oder sonst auf irgend eine Weise erworben haben. Wäre deßhalb die Eigenthumsklage auch dann noch zulässig, wenn der Besitzer die Sache wieder verloren hat, so müßte ein Jeder mit einer solchen belangt werden können, der einmal auf Grund irgend eines Titels eine fremde Sache in Händen gehabt und aus derselben in irgend einer Weise einen Vortheil gezogen hat. Daß er durch diesen Vortheil noch gegenwärtig bereichert sei, würde sicher nicht zum Klagegrunde gehören. Denn wenn die Eigenthumsklage an sich auf Herausgabe eines jeden Nutzens, den die Sache gewährt hat, gerichtet ist, so kann die Beschränkung auf die zur Zeit der Klage noch vorhandene Bereicherung, wie Jacobi S. 185 richtig ausführt, nur auf einer dem Rechte

fremden, äußeren Veranlassung beruhen. Wollte man deßhalb auch bei bona fides des früheren Besitzers Jacobi's Unschädlichkeitsprincip zu Hülfe nehmen, so müßte man doch zunächst eine Eigenthumsklage gegen Jeden für begründet erachten, der früher einmal eine fremde Sache besessen und mit Gewinn veräußert oder verzehrt hat. Der Verklagte würde nur durch den Beweis, daß er bona fide gehandelt habe und nicht als bereichert angesehen werden könne, etwa weil von ihm bei Erwerbung der Sache ein dem erhaltenen Kaufpreis entsprechender Werth verausgabt oder weil der Gewinn ohne dauernde Bereicherung wieder verloren gegangen sei, den Kläger zurückzuweisen vermögen. Ob die Sache noch in vindicirbarer Weise bei einem Dritten vorhanden sei, würde auf die Statthaftigkeit der Klage keinen Einfluß ausüben können. Denn die Thatsache, daß Jemand aus einer fremden Sache einen Gewinn gezogen hat, würde durch die Existenz derselben nicht geändert werden. Der Hinweis darauf, daß der Gewinn nicht sicher sei, so lange noch eine Regreßklage wegen Eviktion angestellt werden könne, würde höchstens die Forderung einer Cautionsstellung dafür, daß das Eigenthum nicht weiter verfolgt werden solle, rechtfertigen. Ja, es würde von diesem Standpunkte nichts gegen eine Klage einzuwenden sein, welche der frühere Eigenthümer gegen den Usucapienten auf Herausgabe des durch die Usucapion erlangten Vortheils anstellen wollte.

Diese Consequenzen werden allerdings von Jacobi nicht gezogen, da sie den Quellen gegenüber, die nur unter bestimmten Voraussetzungen nach Wegfall der Vindikation eine Klage zulassen, nicht aufrecht erhalten werden können. Jacobi sucht vielmehr seine Theorie mit dem positiven Rechte durch die Annahme eines verschiedenen Schutzes des Eigenthums in Uebereinstimmung zu bringen Jenachdem die

Verletzung desselben roher und gewaltthätiger oder unverschuldeter und gerechtfertigter sei, sei auch der Schutz stärker oder schwächer (S. 235). Damit giebt aber Jacobi den scheinbaren Gewinn seiner Theorie, eine große Einfachheit und consequente Durchführung eines Grundgedankens, wieder auf. Der Behauptung, daß dem Eigenthümer jeder aus seiner Sache gezogene Vortheil herausgegeben werden müsse, wird nachträglich der Anspruch auf allgemeine Geltung wieder entzogen. Es ist in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, wie weit unter den obwaltenden Umständen der Eigenthumsschutz reiche, wie weit also das obige Princip zur Anwendung komme.

Hiernach weicht Jacobi von der gemeinen Theorie nur darin ab, daß er auch die Klagen, welche nach Wegfall der Vindikation als begründet erscheinen, Eigenthumsklagen nennt, während die bisherige Theorie als Eigenthumsklage nur die Klage bezeichnet, mit welcher das noch vorhandene Eigenthum geltend gemacht werden kann. Ist das Eigenthum an der Sache untergegangen, so können nur noch persönliche Ansprüche begründet sein. Sofern diese auf einer Bereicherung des Verklagten mit dem Schaden des Klägers beruhen, setzen sie freilich das frühere Eigenthum des letzteren an der verwertheten Sache voraus. So lange aber der Gegensatz von actio in rem und actio in personam, der keineswegs blos ein nationalrömischer ist, sondern in der Natur der Sache seine Begründung findet, von der Wissenschaft anerkannt und festgehalten wird, so lange wird sie den persönlichen Anspruch aus der Bereicherung von der dinglichen Eigenthumsklage auch durch einen besonderen Namen zu trennen veranlaßt sein.

Wie wenig der aus der Sache gezogene Gewinn in der Regel an die Stelle der Sache selbst trete, wie wenig also auch unter diesem Gesichtspunkte die Annahme einer fortdauern-

den Eigenthumsklage gerechtfertigt sei, zeigt namentlich die auch von Jacobi (S. 241) eingeräumte Subsidiarität der Bereicherungsklage. Wenn der Eigenthümer als solcher auf jeden aus der Sache gezogenen Gewinn einen Anspruch hätte, so wäre das Erforderniß, daß die Sache nicht mehr vindicirt werden könne, unbegreiflich. Es ist deßhalb auch von diesem Erforderniß keine Rede, wenn ausnahmsweise die dingliche Klage ohne Besitz des Verklagten zulässig ist, weil wirklich das pretium an die Stelle der Sache getreten ist, wie bei der hereditatis petitio, oder weil die bewußte Widerrechtlichkeit des Verklagten den Besitz ersetzt, weil dolus pro possessione est.

Als Regel ist demnach festzuhalten, daß das Eigenthum nur zu einer Klage gegen denjenigen berechtigt, der durch seinen Besitz dasselbe thatsächlich verletzt, während alle persönlichen Klagen einen besonderen Obligationsgrund voraussetzen, als welcher allerdings die unter besonderen Umständen zur Restitution verpflichtende Bereicherung aus einer fremden Sache erscheinen kann. Daß die Bereicherung aus einer bona fide besessenen Sache nur dann eine Klage begründe, wenn die bona fides auf einem titulus putativus beruhte, glaube ich in meiner Schrift nachgewiesen zu haben. Daselbst habe ich auch die von Jacobi aufgeworfene Frage, weßhalb gerade in diesem Falle Billigkeitsgründe für die Gewährung einer Klage sprächen, bereits auf das Deutlichste beantwortet. Offenbar hat derjenige, dessen guter Glaube ausschließlich auf einen Irrthum basirt ist, ein geringeres Recht, den aus einer Sache gezogenen Vortheil zu behalten, als der, welcher auf Grund eines scheinbar fehlerlosen Rechtsgeschäftes sich für den berechtigten Eigenthümer gehalten hat. Es ist deßhalb aus inneren Gründen gerechtfertigt, wenn das von der Herrschaft der Formen befreite Recht in jenem Falle dem Benachtheilig-

ten insoweit hülfreich ist, als dies ohne positiven Schaden des Gewinnenden geschehen kann, während in diesem Falle die Rücksicht für denjenigen, welcher eine genügende Veranlassung hatte, das erworbene Gut für einen dauernden Bestandtheil seines Vermögens anzusehen, eine Klage ausschließt.

Nur dann, wenn eine fremde Sache als integrirender Theil einer anderen besessen wird, und deßhalb trotz ihrer Existenz der Vindikation entzogen ist, vertritt die auf den Werth gerichtete Klage des früheren Eigenthümers eine wahre Eigenthumsklage.

Zu den Bereicherungsklagen im weiteren Sinne ist auch die actio negotiorum gestorum contraria zu rechnen. Es wird mit derselben Ersatz für dasjenige gefordert, was Jemand ohne Auftrag, aber mit dem animus obligandi zum Vortheil eines Anderen verwendet hat. Von den Bereicherungsklagen im engeren Sinne unterscheidet sie sich dadurch, daß wegen der eigenthümlichen Voraussetzungen ihrer Begründung eine thatsächliche Vermehrung des Vermögens auf Seiten des Verklagten zur Zeit der Klaganstellung nicht erfordert wird. Ueber den Charakter der Klage sprechen sich die Quellen sehr deutlich aus. Sie weisen wiederholt darauf hin, wie utilitatis causa dem Geschäftsführer auf Grund einer utilis gestio eine Klage gewährt sei, da sich ohne dies Niemand dazu verstehen würde, die Geschäfte eines Anderen zu besorgen, während doch sehr häufig der Vortheil des dominus negotiorum eine unbeauftragte Vertretung durch einen Dritten als wünschenswerth erscheinen lasse. Aus diesem Grunde wird im eigenen wohlverstandenen Interesse des Geschäftsherrn durch das Recht die Verpflichtung zur Restitution des utiliter Verausgabten anerkannt, wobei dann zur juristischen Construktion dieser gesetzlichen Pflicht die nothwendige Rati-

habition des utiliter gestum zu Hülfe genommen wird [2]). Danach ist bekanntlich die Klage des Geschäftsführers als eine actio quasi ex contractu bezeichnet.

Bei dieser Construction kann sich aber Jacobi nicht beruhigen; der Begriff eines Quasicontraktes ist ihm ein so monströser, daß er ihn nie ohne Ausrufungszeichen erwähnen kann. Seiner Ansicht nach ist die Verpflichtung des dominus eine selbstverständliche Folge der einseitigen Willenserklärung des Geschäftsführers, sie beruht ihm auf einem naturale negotii (S. 218). Der Geschäftsführer wolle sich durch seine einseitige Willenserklärung verpflichten, als ob er ein Mandat übernommen habe (S. 216), er wolle zwar animo amico unentgeltlich seine Mühe und Thätigkeit im Interesse eines Anderen aufwenden, nicht aber ein Vermögensopfer übernehmen (S. 217). Deßhalb diene die actio negotiorum gestorum contraria nur zum Correktiv, wenn die übernommene Verbindlichkeit überschritten sei (S. 219), es werde mit derselben nur ein Vorschuß, eine Abrechnung, eine Ausgleichung gefordert (S. 294).

Daß Jacobi den animus eines negotiorum gestor richtig geschildert habe, dürfte einem Zweifel nicht unterliegen. Doch ist damit eine Erklärung der actio negotiorum gestorum contraria nicht gegeben. Es drängt sich nothwendiger Weise die Frage auf, wie es komme, daß dieser animus für den dominus eine Verpflichtung zu erzeugen im Stande sei? Hebt doch auch Jacobi hervor, daß Niemand durch den einseitigen Willen eines Andern verpflichtet werden könne (S. 216), daß zur Begründung einer Schuld die Mitwirkung des zukünftigen

2) § 1 J. de oblig. quae quasi ex contr. III, 28. l. 1. 9 de neg. gest. 3, 5. l. 5 pr. de oblig. et act. 44, 7. c. 2 C. de neg. gest. 2, 19.

Schuldners erforderlich sei (S. 289). Und wenn die Verpflichtung des dominus sich mit Nothwendigkeit aus dem einseitig erklärten Willen des Geschäftsführers ergiebt, warum kann dann dieser nicht alle Auslagen, die er ohne den animus donandi gemacht hat, ersetzt verlangen, warum muß er mit Erstattung des utiliter Verwendeten zufrieden sein?

Alle Schwierigkeit fällt fort, wenn man bei der Auffassung der Quellen stehen bleibt, wenn man nicht sowohl den erklärten Willen des gestor, als vielmehr die Thatsache, daß unter besonderen Voraussetzungen Vermögensopfer zum Besten des dominus gebracht sind, als Grundlage der Verpflichtung ansieht. Es ist eben einer der Fälle, von denen es heißt: ex re venit obligatio, woraus sich auf das Einfachste die Zuständigkeit einer actio negotiorum gestorum contraria auch gegen einen dominus furiosus, pupillus etc. erklärt. Freilich kann sich hier die Theorie des Mittels einer erzwungenen Ratihabition zur Erläuterung der Klage nicht bedienen. Diese ist dafür aber auch auf die Bereicherung zur Zeit der Klaganstellung beschränkt.

Nicht minder verunglückt als die Construktion der actio negotiorum gestorum contraria aus dem einseitig erklärten Willen des gestor scheint mir der Versuch Jacobi's, die condictiones datorum auf eine einseitig übernommene Verbindlichkeit des Verklagten zurückzuführen. Seine Deduktion ist folgende: Damit eine Klage auf Restitution des Geleisteten begründet sei, müsse der Empfänger dem Leistenden ein Widerrufsrecht für einen bestimmten Fall eingeräumt haben (S. 306). Dies geschehe stillschweigend durch die Annahme einer Leistung zu einem bestimmten Zwecke für den Fall, daß der Zweck vereitelt werde. Wolle der Empfänger eine eventuelle Restitutionspflicht nicht übernehmen, so dürfe er die Leistung in der angebotenen Weise nicht acceptiren (S. 287). Auf

die Willensbestimmung dessen, welchem eine Klage erworben werde, komme nichts an. Es genüge, wenn sich nur der durch das Rechtsgeschäft Begünstigte einseitig zur Restitution verpflichtet habe (S. 302).

Es ist zuzugeben, daß die Willensrichtung desjenigen, der eine Leistung annimmt, um sich dadurch zu verpflichten, für das Schuldverhältniß, in welches er eintritt, von der größten Bedeutung ist. Namentlich bewirkt ein solcher animus, daß der Empfänger sich eine seiner Contraktsabsicht entsprechende Behandlung gefallen lassen muß, sofern ihm die dabei vorausgesetzten materiellen Vortheile zugeflossen sind, auch wenn das intendirte Geschäft wegen der Unfähigkeit des anderen Contrahenten oder sonst aus einem Grunde nicht zu Stande gekommen sein sollte (vergl. meine Schrift S. 289 ff.). Jacobi macht aber hier denselben Fehler wie bei der Beurtheilung der Bedeutung, welche dem Bereicherungsbegriffe zuzuschreiben ist. Was in einzelnen Fällen gilt, sieht er als allgemeine Regel an. Daß es sich bei den condictiones datorum nicht um die Geltendmachung einer auf den Vertragswillen des Accipienten zurückzuführenden Obligation handelt, läßt sich auf das Schlagendste nachweisen.

Zunächst ist hervorzuheben, wie die sämmtlichen condictiones datorum als ein Rechtsinstitut behandelt werden, dem ein gemeinsamer Gedanke zu Grunde liegt. Es ist dies der in l. 66 de cond. ind. 12. 6 ausgesprochene: Quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur revocare consuevit. Daß ein Gegenstand, welcher früher zu dem Vermögen eines Anderen gehörte, sine causa bei Jemand angetroffen wird, ist die Veranlassung für Gewährung der Klage. Ob die causa fehlt, weil der Leistende ein mit den thatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmendes Resultat beabsichtigte, oder weil sein Wille wegen der vorliegenden

Unsittlichkeit nicht respektirt wird, ist gleichgültig. Deßhalb werden sämmtliche Condiktionen bald auf den gänzlichen Mangel einer causa, auf das deprehendi sine causa (l. 4 de cond. sine causa 12, 7), bald auf die Unzulänglichkeit der vorhandenen, auf das habere ex iniusta causa, zurückgeführt (l. 1 § 3 de cond. sine causa 12, 7). Ja die l. 6 de don. int. vir. et ux. 24, 1 spricht es aus, daß auf die Bezeichnung nichts ankomme, da ja in gleicher Weise bei dem habere sine causa wie bei dem retinere ex iniusta causa eine Klage begründet sei. Diese Zusammenstellung wäre eine ganz unverständliche und fehlerhafte, wenn es sich in dem einen Falle um eine Geschäftsklage, im anderen um Ansprüche handelte, die selbstverständlich nicht auf die Uebernahme einer Verbindlichkeit durch den Empfänger zurückgeführt werden können, und die deßhalb Jacobi als gar nicht hierher gehörig in das ius cogens verweist (S. 304). Es wird aber auch für den Fall der condictio indebiti von Gaius ausdrücklich erklärt, daß es sich hier nicht um eine obligatio ex contractu handle (G. III, 91). Welchen Sinn er damit verbindet, wenn er vielmehr die durch Zahlung einer Richtschuld begründete Obligation als eine solche bezeichnet, quae re contrahitur, kann einem Zweifel nicht unterliegen, da er ja in Folge dieser seiner Auffassung auch den Pupillen durch den Empfang eines indebitum verpflichtet werden läßt. Für ihn ist das thatsächliche Verhältniß, in welches die beiderseitigen Vermögen des Leistenden und des Empfängers durch die Leistung versetzt werden, der Grund der Klage. In demselben Sinne ist der Ausspruch des Gaius in Justinian's Institutionen (§ 1 J. quib. mod. re contr. III, 15) übergegangen, wenn diese auch aus einem später zu besprechenden Grunde die condictio indebiti gegen den Pupillen versagen.

Wenn hiernach die allgemeinen Quellenaussprüche über

die Natur der condictiones datorum Jacobi's Auffassung widerlegen, so gilt dies nicht minder für die einzelnen Consequenzen, die sich aus der in der Klage verwirklichten Rechtsidee ergeben. Wird mit der condictio sine causa ein Rechtszustand deßhalb aufgehoben, weil er dem wahren Willen desjenigen nicht entspricht, der ihn herbeigeführt hat, so muß selbstverständlich das Hauptgewicht auf die Willensrichtung des Gebers gelegt werden, während umgekehrt bei der Geltendmachung einer übernommenen Verbindlichkeit der Wille desjenigen entscheiden müßte, der sich hat verpflichten wollen. Welche Auskunft geben die Quellen?

Wenn Jemand wissentlich eine Nichtschuld berichtigt hat, so wird ihm die condictio indebiti schlechthin abgesprochen (l. 1 § 1. l. 26 § 3 de cond. ind. 12, 6), weßhalb denn auch der Beweis des Irrthums zur Begründung der Klage erfordert wird (l. 25 pr. de prob. 22, 3). Ganz anders müßten sich die Grundsätze gestalten, wenn mit der condictio indebiti eine von dem Empfänger der Zahlung übernommene Verpflichtung verfolgt würde. Seitens des Klägers würde nie der Beweis des Irrthums verlangt werden können. Es müßte genügen, wenn er darthäte, der Verklagte habe das Erhaltene als Objekt einer Schuld in Empfang genommen, während in Wahrheit eine Schuld nicht begründet sei. Denn für die Uebernahme der Verpflichtung würde, wie Jacobi selbst ausführt, die Willensrichtung des Gebers ganz einflußlos sein müssen. Höchstens könnte der Verklagte nach Analogie der l. 18 pr. de reb. cred. 12, 1 auf den Beweis, daß der Kläger von der Nichtexistenz der Schuld unterrichtet gewesen sei, also eine Schenkung beabsichtigt habe, eine exceptio doli gründen.

Besonders scharf ist darauf hingewiesen, wie die Zuständigkeit der Klage allein von der Bestimmung abhänge, welche

der Geber mit der Leistung verknüpft habe, in l. 2 § 7 de don. 39, 5:

> Titio decem donavi ea condictione, ut inde Stichum sibi emeret. Quaero, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam? Respondit; facti magis quam iuris quaestio est; nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam; si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim, in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam conditio dandae pecuniae existimari debebit, et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.

Darauf allein wird Gewicht gelegt, ob das Geld vom Schenkgeber ausschließlich als Kaufpreis des Stichus dem Titius zugewendet werden sollte, nicht aber darauf, ob dieser sich verpflichtet habe, bei dem Ausbleiben des Kaufes das Geld zu restituiren.

Gründete sich die condictio indebiti auf eine vom Verklagten übernommene Verbindlichkeit, so wäre ferner die Bestimmung, daß den Kläger nur ein entschuldbarer Irrthum zur Rückforderung berechtigen solle, ganz unbegreiflich. Wie kann die Entschuldbarkeit des Irrthums für den Verklagten Bedeutung haben, der sich schlechthin verpflichtet hat, das Empfangene zu restituiren, wenn keine Forderung ihm ein Recht darauf gewähren sollte? Diese Verpflichtung müßte weiter stets dann zu einer Klage führen, wenn die Obligation, welche getilgt werden sollte, nicht in der bei der Zahlung vorausgesetzten Weise begründet war. Denn wenn man nicht die in den Quellen enthaltenen Bestimmungen mit dem angenommenen Vertragswillen um jeden Preis in Uebereinstim-

mung zu bringen gesonnen ist, so wird man nicht leugnen können, daß das angebliche Widerrufsrecht stets für den Fall als eingeräumt erachtet werden müßte, daß die Momente, welche die Leistung veranlaßten, sich nicht bewähren sollten. Der Ausschluß der condictio, wenn zwar die vorausgesetzte Verbindlichkeit gar nicht oder doch nicht in der angenommenen Weise zu Recht bestand, der Empfänger aber behaupten kann, er habe nur, was ihm zukomme, eine naturalis obligatio widerspreche der Rückforderung, oder eine Anstandspflicht lasse sie als unangemessen erscheinen, wäre nicht gerechtfertigt.

Endlich würde der Satz, daß auch eigene Handlungen des bona fide eine nicht geschuldete Sache Erhaltenden die Restitutionspflicht vereiteln können (vgl. m. Schrift S. 142 ff.), mit anderweiten Rechtsgrundsätzen wenig harmoniren. Jacobi selbst führt S. 316 aus, daß Jemand, der wisse, wie unter Umständen eine Rückforderung stattfinden könne, in gewissem Grade für seine Handlungen verantwortlich sei, woraus sich von selbst ergiebt, daß derjenige, welcher sich für einen bestimmten Fall zur Restitution verpflichtet hat, diese Verpflichtung nicht durch eigene Handlungen zu beseitigen im Stande ist.

Gegen alle diese Gründe beruft sich Jacobi nur darauf, daß die condictiones datorum gegen Personen, die sich durch Verträge nicht verpflichten könnten, nicht zulässig seien, während umgekehrt derartige Personen sehr wohl Condiktionen erwerben könnten (S. 306). Der erste Theil dieses Einwandes erledigt sich aber auf das Einfachste durch die Bemerkung, daß die condictio indebiti, von welcher die angezogenen Stellen (l. 66 de solut. 46, 3 und § 1 J. quib. mod. re contr. III, 15) sprechen, auf Rückgabe der ganzen Leistung gerichtet ist (vgl. m. Schrift § 20 und 21), während die Vertragsunfähigen nur auf Höhe der zur Zeit der Klageanstel-

lung noch vorhandenen Bereicherung verhaftet sind. Doch beruht auch die Klage, mit welcher dem Unfähigen das empfangene indebitum bis zur Bereicherung abgefordert wird, auf demselben Gedanken, welcher die condictio indebiti gegen einen Verpflichtungsfähigen in's Leben ruft, weßhalb sie denn auch von Gaius (III, 91) ausdrücklich als condictio indebiti bezeichnet wird. Wenn Jacobi sie (a. a. O.) als Eigenthumscondiktion charakterisirt, so übersieht er, daß der Pupill, um dies Beispiel herauszugreifen, nie im Besitz einer fremden Sache gewesen ist und aus deren Verwendung einen Gewinn gezogen hat. Das Eigenthum geht auch auf denjenigen, der sich nicht verpflichten kann, über. Nach Jacobi's Theorie müßte also gar keine Klage gegen den bereicherten Pupillen zulässig sein, da sein Wille ihn nicht verpflichtet, der Kläger aber freiwillig sein Eigenthum aufgegeben hat.

Daß der Pupill Condiktionen erwerben kann, ist eine nothwendige Consequenz des Satzes, daß bei Uebertragung von Gegenständen durch Veräußerungsunfähige mit der Consumtion dieselben Obligationen entstehen sollen, welche begründet sein würden, wäre sofort das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen (l. 14 de reb. cred. 12. 1). Bis zur Consumtion ist natürlich die Vindikation zulässig. Nach Wegfall derselben soll der Empfänger keinesfalls einen Vortheil aus dem Umstande ziehen, daß er die Sache von einem Veräußerungsunfähigen erhalten hat. Handelte er mala fide, so ist obenein die actio ad exhibendum gegen ihn begründet.

Jacobi scheint auch zuweilen selbst zuzugeben, daß nach römischem Recht die condictiones datorum auf eine Selbstbeschränkung des Gebers, auf eine lex dationis zurückgeführt werden müssen. So weist er S. 282 darauf hin, wie die Römer im Obligationenrecht ein entschiedenes Gewicht auf das Recht des Gläubigers legten, so daß neben der Stipulation

das Diktiren der zu übernehmenden Verpflichtung bei Gelegenheit einer Leistung die regelmäßige Grundlage der Obligationen bilde. So bezeichnet er S. 302 und 303 die Auffassung, welche die condictiones datorum auf ein legem dicere suae rei zurückführt, als eine römische Nationalanschauung, die er jedoch bei uns für „nicht national", sondern blos für „gelehrt" erklärt. Ich habe jedoch vergeblich nach einer befriedigenden Ausführung gesucht, weßhalb diese angeblich nationalrömische Anschauung für uns unbrauchbar sein soll. Um die Formen der Geschäfte handelt es sich hier nicht, sondern um den materiellen Gehalt. Es ist aber in der That nicht einzusehen, weßhalb nicht auch nach deutschrechtlichen Anschauungen derjenige, welcher aus freien Stücken eine Leistung vornimmt, berechtigt sein soll, über die Bestimmung derseben zu entscheiden, so daß, wenn sie dieselbe nicht erfüllt, sein Wille nicht als causa für ihren Bestand angesehen werden kann. Daß aus der Annahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes, bei der man in den meisten Fällen einen Willen, sich zu verpflichten, im Widerspruch mit der thatsächlichen Willensrichtung des Empfängers fingiren müßte, sich wesentlich andere Consequenzen ergeben würden, als sie positiven Rechtes sind, ist im Einzelnen nachgewiesen. Wir werden deßhalb auch noch ferner die condictiones datorum als Klagen anzusehen haben, mit denen ein Vermögensobjekt zurückgefordert wird, weil es die ihm von dem Leistenden gegebene Bestimmung nicht erfüllt und deßhalb sine causa bei dem Empfänger ist. Wie sich hiermit das Erforderniß, daß der Verklagte von dem Zwecke der Leistung habe unterrichtet sein können, wohl vereinigen läßt, habe ich bereits früher (vgl. m. Schrift § 12) ausgeführt. Erhält Jemand etwas ohne alle Beschränkung und erkennbare Bestimmung zu einem besonderen Zweck, so ist er berechtigt, das Empfangene pure als Geschenk an-

zusehen. Er erwirbt dadurch ein selbständiges Recht, welches die aus dem abweichenden Willen des Leistenden sich ergebende Rechtsconsequenz ausschließt.

Das Resultat ist also, daß es in der That auf aequitas zurückgeführte Klagen giebt, die durch die thatsächliche Gestaltung zweier Vermögen in's Leben gerufen werden, und die man deßhalb als Bereicherungsklagen zu bezeichnen berechtigt ist, weil sie die Vermehrung des einen Vermögens mit dem Verlust des anderen voraussetzen.

IV.

Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft und des Vermächtnisses.

Von

Professor **Koeppen** in Marburg.

Die heutige Doctrin geht in der Lehre vom Erwerb des Vermächtnisses bekanntlich von der Ansicht aus, daß das Recht, welches mit dem dies cedens an den Legatar gelangt, nicht etwa die Acquisition einer Forderung gegen den Onerirten blos erst ermöglicht, sondern daß es selbst schon eine solche Forderung ist. Sie schließt aus diesem Grunde den Unterschied von Delation und Acquisition beim Vermächtniß aus[1]),

---

1) Vgl. Roßhirt, Die Lehre von den Vermächtnissen Bd. 1 S. 474. Sintenis, Das praktische gem. Civilrecht § 213 Note 1. Puchta, Vorlesungen § 539. Manche Juristen, z. B. Göschen, Vorles. Bd. 3 § 1044, Mühlenbruch, Lehrb. des Pandectenr. Bd. 3 § 740 Note 2, Arndts im Rechtslexicon Bd. 6 S. 304 und Brinz, Lehrb. der Pand. Abth. 2 § 221, sprechen zwar von einem „Anfall", oder einer „Delation" des Legats beim dies cedens, ein einen Vermögenserwerb erst ermöglichendes Recht nehmen aber demungeachtet auch sie nicht an. Arndts (vgl. auch sein Lehrb. der Pand. § 554 u. 558) versteht darunter nichts Anderes als den Erwerb der Vermächtnißforderung, die übrigen aber denken dabei an einen „vorläufigen", oder „unvollständigen" Erwerb des vermachten Objects, oder, wie Brinz sich ausdrückt, „eines im Werden begriffenen Rechts".

betrachtet jenes Recht des Legatars als ein zu seinem Vermögen gehöriges und wie andere Forderungen cessibles, und sieht demgemäß schon in dem dies cedens denjenigen Moment, in welchem sich der vermögensrechtliche Erwerb aus dem Vermächtniß vollzieht[2]). Der dies veniens gilt ihr dagegen nur als der Zeitpunkt, welcher dem Legatar auch die Geltendmachung seiner Forderung gestattet, und daneben einerseits unter gewissen bekannten Voraussetzungen ipso iure[3]) und mit Rückziehung auf den Tod des Erblassers[4]) auch den Erwerb der vermachten Rechte bewirkt, andererseits dem Legatar die Befugniß gewährt, seinen Erwerb durch nachträgliche Repudiation wieder aufzugeben, so lange er sich für die Annahme noch nicht erklärt hat. Es giebt daher, so sagt man, beim Vermächtniß nur eine Repudiation, durch welche ein bereits erfolgter Erwerb ignorirt, und nur eine Agnition, durch welche er bestätigt, und die Repudiation ausgeschlossen wird[5]).

Mit dieser Doctrin steht das römische Recht in der That in jedem Punkte in Widerspruch. Dasselbe knüpft weder

2) Vgl. Roßhirt a. a. O. S. 476. Mühlenbruch, Cession S. 289.

3) Roßhirt a. a. O. S. 473. Göschen a. a. O. § 1043. Arndts a. a. O. S. 324 u. Lehrb. der Pand. § 560. Sintenis a. a. O. § 213 sub II. Puchta, Pand. u. Vorles. § 541. Brinz a. a. O. § 221 sub 2. Mühlenbruch a. a. O. § 740 sagt: „vollständig wird das Recht dem Legatar erst durch Anerkennung erworben". Aehnlich auch schon Donellus, Comment. de iure civili lib. VIII cap. XVIII. sub II in fin.

4) Roßhirt a. a. O. S. 477 u. 480. Sintenis a. a. O. § 213 sub II. Puchta, Vorles. § 541. Gegen diese Rückziehung erklärt sich Brinz a. a. O. § 221 S. 954.

5) Vgl. namentlich Roßhirt a. a. O. S. 473. Arndts a. a. O. S. 305 u. Lehrb. d. Pand. § 555. Sintenis a. a. O. § 213 sub III. Puchta, Pand. u. Vorles. § 540.

schon an den dies cedens einen Vermögenserwerb für den Vermächtnißnehmer, noch läßt es ihn mit dem dies veniens die vermachten Rechte ipso iure und ex tempore mortis defuncti erwerben; und ebensowenig kennt es deshalb auch eine Repudiation des bereits erworbenen Vermächtnisses. Es stellt vielmehr den Vermächtnißnehmer in ein rechtliches Verhältniß zur Erbschaft, welches im Allgemeinen dem des heres extraneus, insbesondere auch hinsichtlich des Zeitpunkts, von welchem die Acquisition datirt, völlig analog ist: wie der Erbe in der That die Erbschaft nicht ex tempore mortis defuncti erwirbt, sondern ex die aditae hereditatis, so auch der Legatar die vermachten Rechte. An einzelnen Verschiedenheiten unter ihnen fehlt es zwar nicht, im großen Ganzen ist aber ihre rechtliche Lage dieselbe. Dies durch eine Vergleichung der beiden Rechte, welche diese Lage bestimmen, des Erbrechts (ius succedendi) und des Rechts des Vermächtnisses (petitio legati), nachzuweisen, ist der Zweck dieser Abhandlung.

Wenn Gesetz oder Testament einen heres extraneus zur Erbschaft beruft, so erwirbt dieser mit dem ius succedendi oder, wie es die Römer nennen, mit dem ius successionis ein Recht, welches die Acquisition der Erbschaft ermöglicht, also den Anspruch, Erbe zu werden, gewährt, und deshalb nichts anderes als das Erbrecht selbst, die hereditas im subjectiven Sinne ist[6]). Obwohl dies durch die Delation erzeugte Successions- oder Erbrecht das Vermögen des Erb-

6) l. 1 § 1 D de divis. rer. (1. 8) . . . Incorporales sunt, quae tangi non possunt; qualia sunt ea, quae in iure consistunt sicut hereditas, ususfructus . . . Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt; . . . nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi . . . incorporale est. Vgl. meine Erbschaft S. 96 Note 18.

lassers zum Gegenstande hat [7]), so ist es doch seines Inhalts wegen kein Vermögensrecht, weil mit der Befugniß zur Nachfolge in den Nachlaß nur eine facultas acquirendi an diesem verliehen, Vermögen selbst also noch nicht erworben wird. Es hat vielmehr als ein Recht, in welchem sich die dem Vermögen des Einzelnen innewohnende sittliche Bestimmung für seine Familie in iure realisirt, die Natur eines Familienrechtes: es setzt einerseits zu seiner Entstehung ein natürliches oder durch Testament künstlich geschaffenes Familienverhältniß zum Erblasser voraus und wird aus diesem originär und ipso iure erworben, und es folgt andererseits beim Tode des Delaten nicht dessen Vermögen, sondern dem weiteren Familienkreise des Erblassers [7a]). Diesen seinen ursprüng-

---

7) Daher der Ausdruck ius in bonis defertur: l. 1 pr. D. de libert. universitat. (38. 3).

7a) Der Begriff der Familienrechte läßt sich nicht, wie es heute geschieht, auf die bekannten Rechte an Personen beschränken. Alle Rechte und Verbindlichkeiten, die der Mensch als Glied der Familie hat, die nicht zu seinem Vermögen gehören, und die bei seinem Tode, soweit sie nicht ganz untergehen, entweder unabhängig von seinem Nachlaß andern Familiengliedern folgen, oder doch nur deshalb per hereditatem an die Erben gelangen, weil diese zur Familie zählen, haben hierdurch in der That denselben Charakter, wie die Familiengewalten, welcher Gegenstand dabei auch der rechtlichen Herrschaft unterworfen ist. Man wird deshalb, wie das Erbrecht, z. B. auch den Alimentations- und Delationsanspruch als ein Familienrecht bezeichnen müssen: auch er gründet sich in der Verwandtschaft, und auch er gewährt dem Berechtigten zunächst nur eine facultas acquirendi und legt demgemäß dem Verpflichteten nur ein officium auf [l. 5 § 2 § 15 D. de agn. et al. lib. (25. 3), l. 6 D. de collat. (37. 6), c. 7 C. de prom. dot. (5. 11). Seneca, de benefic. III. 18. Officium esse filii, uxoris, et aliarum personarum, quas necessitudo suscitat et ferre opem iubet], das sich bei dessen Tode als solches auf andere Familienglieder überträgt, gerade so wie die onera matrimonii für den Enkel beim Tode des Großvaters auch ohne dessen Vermögen dem Vater zufielen. Die römischen

lichen Charakter hat das Erbrecht zu allen Zeiten bewahrt, wenn auch nach beiden Seiten Modificationen eingetreten sind.

Von dem Grundsatz, daß, wer in keinem Familienbande zum Erblasser stehen, auch lege wie testamento kein Erbrecht an seinem Nachlaß erwerben kann[8]), ist bei der im öffentlichen Interesse eingeführten Erbfähigkeit gewisser juristischen Personen und im neusten römischen Recht auch sonst[9]) noch abgesehen worden, als Regel ist derselbe aber stets in Geltung geblieben: die Unfähigkeit beim Tode des Erblassers noch nicht concipirter Personen zur hereditas legitima[10]), der auch

---

Juristen stellen denn auch z. B. die letzteren geradezu mit den Familiengewalten zusammen, weil es sich hier um Rechtsverhältnisse von gleichem Charakter handelt: l. 46 D. fam. herc. (10. 2)... mortuo patre quaedam filios sequuntur, etiam antequam heredes fiant, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela. l. 56 § 2 D. de iure dot. (23. 3). l. 16 § 1 D. de tutel. (26. 1). — Zu den Familienrechten müssen ferner z. B. auch noch gezählt werden die iura sepulcrorum: bei einem Erbbegräbniß gelangen die Begräbnißrechte beim Tode des bisher Berechtigten zwar auch an seine Erben, aber nicht weil sie zur Erbschaft gehören, sondern weil die Erben als Familienglieder gelten: denn sie kommen einerseits gleichzeitig auch an die Descendenten, welche sich der Erbschaft enthalten haben, und sogar, wenn auch in beschränkter Weise, an die, welche exheredirt sind, und sie bleiben andererseits bei den Erben, wenn von ihnen die Erbschaft als Universalfideicommiß, oder wegen Indignität restituirt werden muß. Vgl. l. 20 § 5 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 10 D. de sep. viol. (47. 12). l. 6 pr. l. 33 D. de relig. (11. 7). l. 42 § 1 D. ad. S. C. Trebell. (36. 1).

8) Diesen Grundsatz bezeugt der Umstand, daß die Erbfähigkeit nicht blos commercium, sondern auch connubium zur Voraussetzung hatte. Daher waren Latini erbunfähig. Gaius, II. 110. Vgl. Böcking, Institutionen § 35 Note 8.

9) So war bekanntlich die Ehe zwischen Juden und Christen als adulterium untersagt [l. 6 C. de iud. (1. 9)], aber erbunfähig waren die Juden nicht.

10) l. 3 § 11. l. 6—8 pr. D. de suis et legit. hered. (38. 16). § 8 J. de hered. quae ab int. def. (3. 1).

hier wieder die testamentaria gleichgestellt ist [11]), wird auf ihn noch im Justinianischen Recht ausdrücklich zurückgeführt. Damit ist er auch ein Bestandtheil des heutigen Rechts geworden, wenn gleich für seine Anwendung, falls man mit der herrschenden Doctrin und Praxis im Zweifel jeder juristischen Person Erbfähigkeit beizulegen hat, der zuletzt erwähnte Fall allein übrig geblieben ist. Hier sollte man ihm aber auch um so weniger die Anerkennung versagen [12]), als damit nicht blos theoretischen Anforderungen genügt, sondern den praktischen Inconvenienzen einer sonst bis in's Unendliche möglichen Ungewißheit der Erbfolge begegnet, der Erblasser aber, welcher bei seinem Ableben noch nicht concipirten Personen sein Vermögen zuwenden will, nur von dem Wege der Erbeinsetzung auf den des Universalfideicommisses verwiesen wird.

Ebenso hat auch die Unvererblichkeit der Delation in den Transmissionsfällen Ausnahmen erfahren, als Princip aber sich gleichfalls behauptet. Nur wo es die Billigkeit fordert, ist der Familie des Delaten, soweit sie sich in seinen Erben darstellt, der Vorzug vor der Familie des Erblassers gegeben [13]). Auf diesen der einen vor der andern Familie eingeräumten Vorrang beschränkt sich die Bedeutung der Transmission, obwohl dabei das Erbrecht auch Bestandtheil der hinterlassenen bona des Delaten wird. Denn es wird dies selbstverständlich nur äußerlich, nur zu dem formellen Zweck, um per hereditatem seinen Uebergang auf die Erben zu vermitteln, da es dem Vermögen als solchem seinem Inhalt nach nicht angehören, also materiell kein Vermögensrecht sein kann. Den Beweis für diese schon oben aufgestellte Behauptung

11) L. 3 D. de b. p. sec. tab. (37. 11).

12) Wie dies bisweilen in der Praxis geschieht: vgl. Seuffert, Archiv Bd. 8 Nr. 63 und dagegen Bd. 9 Nr. 309.

13) c. un. § 5 C. de caduc. toll. (6. 51).

enthält der Umstand, daß die Gläubiger des Delaten an seinem ius successionis kein Recht haben: sie können ihn im Fall der Insolvenz weder zum Antritt zwingen, noch seine Repudiation als alienatio in fraudem creditorum anfechten, die Erbschaft mag ihm lege oder testamento deferirt sein.

l. 67 § 1 D. ad S. C. Trebell. (36. 1) (Valens):

...quia et remoto fideicommisso liberum tibi fuerat nolenti adire hereditatem, creditores tuos tali commodo fraudare; et ego nihil turpiter faciam recipiendo eam hereditatem, quam remota postulatione mea creditores compellere te, ut adires, non potuerint.

l. 6 § 2 D. quae in fraud. credit. (42. 8) (Ulpianus):

Proinde et qui repudiavit hereditatem, vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa, ut huic edicto locum faciat: noluit enim acquirere, non suum proprium patrimonium deminuit.

Hier wird das Recht aus der Delation gerade so behandelt, wie es oben dargestellt ist, als eine bloße facultas acquirendi, die als solche nicht schon zum Vermögen zählt und deren sich deshalb der Delat ohne eine Minderung desselben entäußert [14]), ohne welche er sich gegen seine Gläubiger, die nur an seinem Vermögen einen Anspruch haben, überhaupt keiner Rechtsverletzung [15]), insbesondere auch keines dolus,

---

14) L. 28 pr. D. de V. S. (50. 16).... Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit....

15) L. 134 pr. D. de R. J. (50. 17). Non fraudantur creditores, quum quid non acquiritur a debitore, sed quum quid de bonis deminuitur.

wie ihn die actio Pauliana voraussetzt, schuldig machen kann, weil der dolus neben der betrügerischen Absicht auch einen betrügerischen Erfolg zur nothwendigen Bedingung hat[16]). Erst die Succession selbst gewährt eine vermögensrechtliche Herrschaft, dominium, iura in re oder actiones[17]), und es kann deshalb auch erst nach dem Antritt von einer alienatio in fraudem creditorum die Rede sein[18]).

Wie dem Recht der Gläubiger muß sich das ius successionis natürlich auch jedem andern Recht am Vermögen des Delaten, ja überhaupt allen Vorschriften aus dem Gebiet des Vermögensrechts entziehen. Jene können dasselbe niemals ergreifen, diese darauf keine Anwendung finden. So giebt z. B. einerseits auch die allgemeine Gütergemeinschaft dem Ehemann kein Recht auf die seiner Ehefrau erst angefallene Erbschaft[19]) oder die dos, welche das gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Frau begreift, und so kann z. B. andererseits der Vormund einen seinem Mündel deferirten Nachlaß repudiiren, ohne daß er dazu eines Alienationsdecretes

16) L. 10 § 1 D. quae in fraud. credit. (42. 8). Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit.... Vgl. l. 79 D. de R. J. (50. 17).

17) l. 49 D. de V. S. (50. 16).

18) c. 1 C. de revoc. his, quae in fraud. cred. alien. (7. 75). Si heres post aditam hereditatem ad eum, cui res cessit, corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fecit... ea, quae in fraudem alienata probabuntur, revocabis. — Vgl. Geiger und Glück, Merkwürdige Rechtsfälle Bd. 3 Nr. XLIII: Gutachten über die Frage, ob ein in Concurs gerathener Schuldner eine ihm während desselben angefallene Erbschaft zum Nachtheil seiner Gläubiger auszuschlagen befugt sei?

19) Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 301: Kann bei allgemeiner Gütergemeinschaft der Ehemann von Seiten der Ehefrau die Antretung einer ihr angefallenen Erbschaft erzwingen?

bedarf [20]), der Mündel selbst aber kann dies nur deshalb nicht [21]), weil ihm über alle, nicht blos über seine Vermögensrechte die Disposition entzogen ist [22]). Es sind dies Consequenzen, die sich mit Nothwendigkeit daraus ergeben, daß die deferirte Erbschaft als solche, obwohl Gegenstand der Berechtigung, doch noch ebenso, wie eine nicht deferirte, nullius in bonis ist [23]), weil jene Berechtigung keine vermögensrechtliche, sondern ihre eigene familienrechtliche Natur hat. Diese zeigt sich auch namentlich noch in der Art und Weise, in welcher das Erbrecht allein einer Verletzung zugänglich ist. Vermögensrechte werden verletzt durch Entziehung oder Störung ihrer Ausübung, beim Erbrecht, wo die Ausübung lediglich in einer Willenserklärung besteht, ist eine totale oder partielle Entziehung derselben überhaupt nicht denkbar, und deshalb eine Verletzung des Delaten als solchen, abgesehen also von den durch widerrechtliche Einwirkung auf seinen Willen möglichen Delicten [24]), nur, wie in einem Familienverhältniß, durch Bestreitung seines Rechtes möglich. Diese Bestreitung wird indessen erst von praktischer Bedeutung, wenn damit dem berufenen Erben auch die Acquisition der Erbschaft

20) Vgl. Rudorff, Recht der Vormundschaft Bd. 2 S. 401. Seuffert, Archiv Bd. 13 Nr. 100.

21) c. 5 C. de rep. hered. (6. 31). l. 189 D. de R. J. (50. 17).

22) So kann z. B. auch ein Ehegatte zu Gunsten des andern eine Erbschaft repudiiren. Darin liegt aus demselben Grunde keine donatio inter virum et uxorem [l. 5 § 13 D. de don. int. vir. (24. 1)], aus welchem der Vater, welcher dotis constituendae causa repudiirt, keine dos profectitia bestellt: non esse profectum id de bonis, quia nihil erogavit de suo pater, sed non acquisivit. l. 5 § 5 D. de iure dot. (23. 3).

23) L. 1 pr. D. de divis. rer. (1. 8)... res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.

24) L. 21 § 5. 6 D. quod met. causa (4. 2). l. 40 D. de dolo malo (4. 3).

in Abrede gestellt werden soll, und erzeugt aus diesem Grunde für ihn die hereditatis petitio auf Anerkennung seines Rechtes erst nach dem Antritt, wenn es sich gleichzeitig um eine darauf gestützte Verfolgung erbschaftlicher Rechte handelt. Wo diese Anerkennung erfolgt, begreift sie selbstverständlich auch die Anerkennung eines Familienbandes zum Erblasser, als der stetigen Grundlage des Erbrechts. Demungeachtet kann die res iudicata über die hereditatis petitio nicht, wie bei den Familienklagen, ius facere inter omnes [25]). Vermächtnißnehmern konnte man das nach einem Streite zwischen dem Intestat- und Testamentserben gefällte Urtheil über die Gültigkeit des Testaments präjudiciren lassen, weil ihre Rechte dabei durch den Testamentserben implicite mit vertreten werden [26]), auf einen anderweitigen Erbprätendenten ließ sich aber die Wirkung der Rechtskraft nicht beziehen, da dieser einer solchen Vertretung entbehrt, und daher der Kläger im Erbschaftsprocesse schon siegen kann, wenn er nur ein besseres Recht als der Beklagte beweist [27]), so daß ihm durch als Urtheil auch nur ein näheres Familienband zum Erblasser als seinem Gegner, nicht aber das absolut nächste zuerkannt wird. Die hereditatis petitio hat deshalb nur insofern die Natur eines praeiudicium, als, wenn der Gegner jenes Band anzu-

25) L. 12 D. de iurej. (12. 2).

26) L. 50 § 1 D. legat. (30). l. 14 D. appell. (49. 1). c. 12 pr. § 2 C. de pet. hered. (3. 31). Vgl. v. Savigny, System Bd. 6 S. 474 und Endemann, Das Princip der Rechtskraft. S. 145.

27) Gegen die Ansicht, daß er in diesem Fall stets siegen muß, welche nach Linde, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. 1 S. 163, neuerdings auch wieder von Deurer in diesen Jahrbüchern Bd. 1 S. 233 und 237 vertheidigt ist, vgl. Bruns, Die Verschollenheit, in Bekker's und Muther's Jahrb. des gem. Rechts Bd. 1 S. 109 ff. Siehe auch l. 36 D. de solut. (46. 3). l. 28 § 5 D. de iudic. (5. 1) und Paulus, R. S. I, 13b § 6.

erkennen hat, damit zugleich feststeht, daß von ihm dem Kläger Alles werden muß, was zum Vermögen des Erblassers, und zwar im weitesten Sinne, gehört [28]).

Als eine durch die Familienstellung gegebene bloße facultas acquirendi gewährt das Erbrecht dem Delaten nothwendig eine alternative Befugniß, nämlich die, nach seiner Wahl anzutreten oder zu repudiiren [29]). Die Repudiation ist also nicht minder Ausübung des Erbrechts wie der Antritt [30]), und hat deshalb, wie dieser, zu ihrem Gegenstande die Erbschaft. Diese, nicht das Erbrecht, wird repudiirt: denn man kann nur das repudiiren, was man zu erwerben vermag, nicht was man schon erworben hat [31]). Wer repudiirt, verzichtet auf die Erbschaft, indem er von seinem Erbrecht Gebrauch macht, und wenn letzteres dadurch erlischt, so geschieht dies deshalb, weil sich ein Recht, dessen Ausübung nur in einer alternativen Willenserklärung besteht, nothwendig durch einmalige Ausübung verzehrt. Es macht deshalb auch keinen Unterschied, ob die Ausübung durch Repudiation, oder aber durch den Antritt erfolgt. Mit der Acquisition der Erbschaft geht das Erbrecht gleichfalls unter. Aus einem Rechte wird es nunmehr die iusta causa, aus

---

28) L. 19 pr. D. de heredit. pet. (5. 3) et non tantum hereditaria corpora (scil. in hoc iudicium veniunt), sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve. — Vgl. Stahl, Philosophie des Rechts Bd. 2 S. 506 ff.

29) § 5 J. de hered. qual. (2. 19). Extraneis heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate vel non adeunda. — Gaius II. 164.

30) L. 18 D. de A. v. O. H. (29. 2). Is potest repudiare, qui et acquirere potest. l. 174 § 1 D. de R. J. (50. 17). Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest.

31) L. 1 § 7 D. de succ. edict. (38. 9)... quia, quod acquisitum est, repudiari non potest.

welcher der Erbe das Subject der erbschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten ist. Diese hat er auf Grund, aber auch an Stelle seines bisherigen Erbrechts. Das Erbrecht nimmt also nach dem Antritt dieselbe Stelle ein, wie die Obligation nach der Zahlung: es wird wie diese zum Erwerbstitel für andere Rechte [32]).

Sind Antritt und Repudiation Ausübung des Erbrechts, so kann natürlich von beiden so lange nicht die Rede sein, als die Delation überhaupt nicht erfolgt ist. Wie bei Lebzeiten des Erblassers [33]), muß daher auch nach seinem Tode noch jeder auf das Eine oder Andere gerichtete Wille völlig wirkungslos bleiben, wenn es, dem, der ihn erklärt, an dem Recht dazu noch gebricht. So, wenn etwa der bedingt eingesetzte Testamentserbe schon pendente conditione die testamentarische Erbschaft antreten [34]), oder, falls er zugleich der nächste Intestaterbe ist, jene ausschlagen, und die gesetzliche Erbschaft acquiriren wollte: denn das testamentarische Erbrecht steht ihm nicht vor Eintritt der conditio, das gesetzliche aber erst nach dem Untergang des testamentarischen, also nach der Repudiation aus diesem zu [35]). Und ebenso muß z. B. auch ein erwarteter postumus für den Testamentserben, wenn er ein präterirter Notherbe ist, für den Intestaterben, wenn er diesem vorgeht, den Antritt wie die Repudiation hindern, quoniam mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus et sibi locum faciendum si

---

32) L. 3 § 2 D. de itin. act. priv. (43. 19)... in cuius locum hereditate, vel emtione aliove quo iure successi.... Vgl. l. 37 D. de contr. emt. (18. 1). c. 1 C. si quis ignor. (5, 73)... in iura tutoris hereditario vel honorario titulo successit....

33) L. 27 D. de A. v. O. H. (29. 2).

34) L. 13 pr. § 2, l. 69 D. eod.

35) L. 70 D. eod. Vgl. l. 39 D. eod. l. 89 D. de R. J. (50. 17).

fuerit editus, pro iam nato habetur[36]). Denn es gelangt aus diesem Grunde, so lange die agnatio postumi möglich ist, das testamentarische Erbrecht ebenso wenig zur Existenz, wie das nachstehende gesetzliche, weil, während der nasciturus pro iam nato gilt, das Testament nothwendig seine Wirksamkeit verliert, und zu Kräften erst dann gelangen kann, wenn der venter wegen Fehlgeburt neque natus neque procreatus videtur[37]), also niemals in rerum natura gewesen ist. Wer unter solchen Verhältnissen die Erbschaft antritt oder repudiirt, nimmt damit ein Rechtsgeschäft vor, das er rechtlich nicht vornehmen kann, und es muß deshalb seine Willenserklärung hier wie sonst ohne rechtliche Wirkung bleiben. Insbesondere kann also ein solcher Antritt und eine solche Repudiation der Ausübung des demnächst wirklich erworbenen Erbrechts in keiner Weise präjudiciren. Wer antrat, kann jetzt repudiiren, und wer repudiirte, jetzt antreten[38]), und thut er vor seinem Tode weder das Eine noch das Andere, so stirbt er als Delat. Der frühere Antritt bewirkt, wie keine Acquisition der Erbschaft für den Antretenden selbst, auch keine Transmission derselben auf seine Erben, und die frühere Repudiation hindert die Transmission der Delation auf die Erben nicht, wenn sonst die Voraussetzungen derselben existiren und, wie sich von selbst versteht, das Erbrecht überhaupt noch an den Erblasser gelangt ist.

Der Mangel des Erbrechts ist indessen nicht das einzige Hinderniß, welches Antritt und Repudiation ausschließt. Man kann dies Recht haben, und beide können dennoch ohne Erfolg

---

36) L. 30 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 187 D. de R. J. (50. 17).

37) L. 129 D. de V. L. (50. 16). c. 2 C. de post. hered. (6. 29). c. 3 C. eod.

38) l. 94 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 4 D. eod.

sein [39]). Es hat auch dies seinen Grund darin, daß die Ausübung des Erbrechts ein einseitiges Rechtsgeschäft, beim Antritt eine auf Entstehung neuer Rechtsverhältnisse, bei der Repudiation eine auf Endigung eines Rechtes gerichtete Willenserklärung ist. Denn dadurch werden die allgemeinen Requisite jedes einseitigen Rechtsgeschäfts auch Requisite der gültigen Ausübung des Erbrechts: die Existenz des erforderlichen Willens, die Erklärung desselben, und damit die Uebereinstimmung zwischen Erklärung und Willen. Es muß also auch, wo es an dieser Uebereinstimmung fehlt, und deshalb eine Erklärung ohne Willen vorliegt, der Antritt wie die Repudiation der Erbschaft ein ungültiger Act sein, obwohl dem, der ihn vornimmt, das Erbrecht zusteht.

Der Wille, welcher zur Ausübung des Erbrechts gehört, wird, eben weil er Ausübung eines Rechtes ist, jedesmal durch das in concreto zustehende Erbrecht vorgeschrieben: aus diesem muß Antritt oder Repudiation erfolgen, damit der zu beiden nöthige Wille existirt. Die Erklärung dieses Willens kann, wie bei andern formlosen Rechtsgeschäften, ausdrücklich [40]) oder stillschweigend geschehen, wenn es gleich einen besonderen Namen nur für den stillschweigenden Antritt (pro herede gestio) [41]), für die stillschweigende Repudiation aber nicht giebt [42]). Wer, obwohl mit seinem Erbrecht be-

39) Oder, wie die Römer sagen würden, es kann Jemand das ius adeundi haben, aber doch nicht in re esse, ut possit adire. Vgl. l. 33 D. de A. v. O. H. (29. 2).

40) Dabei ist aber eine Erklärung an die Betheiligten nicht erforderlich. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 75.

41) § 7 J. de hered. qual. (2. 19). l. 20 pr. l. 21 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2). Interdum autem animus solus eum obstringet hereditati, utputa si re non hereditaria quasi heres usus sit. l. 88 D. eod. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 76.

42) L. 95 D. eod. Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis.

kannt, z. B. als Gläubiger eine Forderung gegen die Erbschaft verfolgt, oder wer es zuläßt, daß sich ein Anderer als Erbe gerirt, der erklärt damit stillschweigend, daß er selbst nicht Erbe werden will [43]). Und wer z. B. wissend, daß er zugleich testamentarischer und nächster Intestaterbe ist, aus dem gesetzlichen Erbrecht die Erbschaft antritt oder ausschlägt, der repudiirt dieselbe damit tacite zuvor aus dem testamentarischen Erbrecht [44]). Jenes entsteht in demselben Moment, wo dieses untergeht, und es können deshalb auch beide in Einem Momente ausgeübt werden [45]). Eine Erklärung ohne Willen, also Nichtübereinstimmung zwischen diesem und jener, tritt bei der Ausübung des Erbrechts aus denselben Gründen, wie bei andern Rechtsgeschäften ein: sie ist auch hier entweder eine absichtliche oder unabsichtliche [46]).

Eine absichtliche Erklärung ohne Willen liegt dann vor, wenn das, was sonst als Zeichen des Willens dient, im concreten Fall erweislich einen andern Zweck hatte. Worte, die an sich auch den vollendeten Willen des Antritts oder der Repudiation auszudrücken fähig sind, können gebraucht sein als Ausdruck der Unentschiedenheit und des noch nicht reif gewordenen Entschlusses [47]), sie können ferner überhaupt nicht ernstlich gemeint, also namentlich auch nur eine Simulation sein, eine Erklärung, die den wahren Willen nicht enthalten, aber diesen Schein haben soll. Wo ein derartiger Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nicht in dem bloßen Gedanken des Handelnden eingeschlossen ist, sondern sich aus

43) Vgl. l. 37 pr. D. ad senat. Trebell. (36. 1).

44) L. 17 § 1 l. 60 l. 77 D. de A. v. O. H. (29. 2).

45) L. 70 § 1 D. eod.

46) Vgl. v. Savigny, System Bd. 3 S. 259. v. Keller, Pandectenvorles. § 58.

47) Vgl. l. 24 D. de testam. milit. (29. 1).

den Umständen erkennen und nachweisen läßt, da kann durch die bloße Erklärung, wie kein anderes Rechtsgeschäft, auch der Antritt oder die Repudiation einer Erbschaft nicht zum rechtlichen Dasein kommen[48]). Dies gilt natürlich ebenso sehr von der stillschweigenden, wie von der ausdrücklichen Erklärung. Handlungen, welche an sich geeignet sind, den Willen des Antritts oder der Repudiation zu bekunden, können, obwohl der Delat sein Erbrecht kannte, in anderer Absicht vorgenommen sein, und enthalten deshalb, soweit dies möglich[49]), und wegen einer ausdrücklichen Protestation[50]) oder sonst erweislich ist, eine Erklärung, aus welcher nur der falsche Schein jenes Willens hervorgeht[51]). Stets und mit Nothwendigkeit ist dies aber dann der Fall, wenn der Delat sich aus Irrthum überhaupt kein Erbrecht zuschreibt, weil er z. B. den Tod des Erblassers noch nicht erfahren hat[52]) oder, weil er das Testament, in welchem er instituirt ist, für ungültig hält[53]). Denn dieser Irrthum ist ein wesentlicher, da ohne das Bewußtsein von der Existenz des Erbrechts der Wille seiner Ausübung überhaupt nicht denkbar ist, die auf eine solche hindeutenden Handlungen also nur zu andern Zwecken erfolgt sein können.

---

48) L. 6 § 7 D. de A. v. O. H. (29. 2)... eum, qui metu verborum vel aliquo timore coactus fallens adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere. Die Simulation kann also nicht blos bei Verträgen, sondern auch bei einseitigen Rechtsgeschäften vorkommen. Dies übersieht z. B. auch v. Savigny, System Bd. 3 S. 261, obwohl er Bd. 7 S. 127 Note m. die citirte Stelle selbst vom simulirten Antritt versteht. Ebenso v. Keller a. a. O. § 54.

49) L. 20 § 4 D. eod.

50) L. 20 § 1 D. eod. l. 14 § 8 D. de religios. (11. 7).

51) L. 78. l. 87 D. de A. v. O. H. (29. 2).

52) L. 32 pr. D. eod.

53) L. 17 pr. D. eod.

Die unabsichtliche Erklärung ohne Willen beruht darauf, daß der Handelnde ein gültiges Geschäft einzugehen glaubt, in der That aber dasjenige, was dazu gehört, nicht will. Hier wird also die Erklärung stets von einem wesentlichen Irrthum begleitet, der, weil sich aus ihm jene Richtexistenz des erforderlichen Willens ergiebt, die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bewirken muß, er mag ein entschuldbarer sein oder nicht. Der Wille, welcher zur Ausübung des Erbrechts gehört, bestimmt sich, wie schon erwähnt, durch das in concreto zustehende Erbrecht. Seine Existenz setzt daher voraus, daß der Delat von diesem keine unrichtige Vorstellung hat. Diese Voraussetzung besteht gleichmäßig für den Antritt, wie für die Repudiation: denn wo den Delaten der Irrthum über sein Erbrecht am velle ad se pertinere hereditatem hindert, da hindert er ihn nothwendig auch am nolle ad se pertinere hereditatem [54]). Es gilt deshalb der Satz, daß Niemand eine Erbschaft repudiiren kann, der sie nicht auch antreten könnte, nicht blos für den Fall, wo es an dem Erbrecht überhaupt noch fehlt [55]).

In einem Irrthum, der die Ausübung des Erbrechts als eine unabsichtliche Erklärung ohne Willen erscheinen lassen muß, kann der Delat sich auf mannigfaltige Weise befinden. Vor Allem ist dies der Fall, wenn er sich aus einem falschen Grunde für den Delaten hält. Hier schreibt er sich zwar ein Erbrecht zu, aber ein anderes, als er hat, und er will daher auch, mag er antreten oder repudiiren, dieses, nicht das zustehende Erbrecht ausüben. So z. B., wenn der nächste

---

54) L. 3 D. de R. J. (50. 17). Eius est nolle, qui potest velle.

55) L. 21 § 2 D. de A. v. O. H. (29. 2) ... ceterum ex quibus causis repudiantem nihil agere diximus, ex iisdem causis nec pro herede gerendo quidquam agere sciendum est.

gesetzliche Erbe in einem gültigen Testament eingesetzt ist, von dieser Einsetzung aber nichts weiß, oder wenn er in einem ungültigen Testament eingesetzt ist, dies aber für gültig hält: in beiden Fällen will er nicht sein wahres Erbrecht ausüben, sondern dort ein gesetzliches, hier ein testamentarisches, was ihm nicht zusteht [56]). So ferner, wenn z. B. Jemand, der in einem früheren gültigen und in einem späteren ungültigen Testament zum Erben ernannt ist, das letztere als gültig betrachtet. Tritt er aus diesem die Erbschaft an, so wird dadurch gleichfalls das ihm in Wahrheit zustehende Erbrecht überhaupt nicht berührt, sei dies nun ein gesetzliches, weil das spätere Testament ab initio gültig war und erst expost ungültig wurde, oder sei es ein testamentarisches, weil das spätere Testament von vornherein keine Gültigkeit hatte; namentlich wird dadurch letzteres auch nicht tacite repudiirt, da der Irrthum jeden auf das wahre Erbrecht bezüglichen Willen ausschließt [57]).

Dem Irrthum über den Grund der Delation steht am nächsten der Irrthum über ihre Wirkung, also darüber, ob der Berufene heres necessarius oder voluntarius geworden ist. Wer sich als freiwilliger Erbe fälschlich für einen nothwendigen hält, legt sich damit ein ius succedendi überhaupt nicht bei, und er kann daher auch nicht den Willen haben, von demselben durch Antritt oder Repudiation Gebrauch zu machen. Er kann vielmehr durch die dazu an sich gleich geeigneten Erklärungen nur sich immisciren oder abstiniren, d. h. gleichfalls nur über ein Recht, das er nicht hat, nämlich über das beneficium abstinendi disponiren wollen.

56) L. 22 D. eod. l. 19 in fin. D. de inoff. test. (5. 2).

57) L. 97 D. de A. v. O. H. (29. 2). Hier handelt es sich um ein zweites Testament, welches ab initio gültig war.

Daß er nach der wahren Sachlage antreten und repudiiren konnte, darf nicht in Betracht kommen, wenn aus dem erwiesenen Irrthum hervorgeht, daß er demungeachtet den dazu nöthigen Willen nicht hatte, jene Erklärungen also nur den Schein dieses Willens enthielten. Das ist der Gedanke, den die Quellen hier durch den Satz ausdrücken: nam plus est in opinione, quam in veritate [58]). Es kann also die Abstinenz nicht als Repudiation, und die Immixtion nicht als Antritt gelten, sondern es muß in dem einen wie in dem andern Fall dem Erben unverändert seine Delation verbleiben, zumal die Abstinenz der Repudiation in ihren Wirkungen nicht gleichsteht, und deshalb, wer abstinirt, vielleicht angetreten und, wer sich immiscirt, vielleicht repudiirt hätte, wenn ihm das wahre Sachverhältniß bekannt gewesen wäre [59]).

Mit dem Irrthum über Grund oder Wirkung der Delation wird sich häufig noch ein anderer, nämlich der über den Umfang derselben, also über die Größe der Erbschaftsquote, verbinden. Dieser kann indessen auch unabhängig von jenem

58) L. 15 D. eod. Is, qui putat se necessarium, quum sit voluntarius, non poterit repudiare: nam plus est in opinione, quam in veritate. l. 16. Et e contrario, qui se putat necessarium, voluntarius existere non potest.

59) Wer abstinirt, kann die Erbschaft noch wiedererhalten, nach vorjustinianeischem Recht zu jeder Zeit, nach Justinian's Bestimmung innerhalb dreier Jahre seit der Abstinenz oder seit Ablauf der Restitutionszeit, jenachdem der Abstinirende großjährig oder minderjährig ist; dort darf überdies die Erbschaft noch nicht veräußert sein, hier ist auch diese Veräußerung kein Hinderniß. Vgl. l. 8 D. de iure delib. (28. 8). l. 6 pr. D. de reb. auct. iud. (42. 5). c. 6 C. de rep. v. abst. hered. (6. 31). l. 69 D. de R. J. (50. 17). Und wer sich immiscirt, thut es vielleicht nur mit Rücksicht auf das im Fall der Abstinenz seinen Miterben zustehende Recht, nunmehr noch au ihre bereits erworbene Portion mit Einschluß der accrescirenden verzichten zu können, um den Concurs abzuwenden. Vgl. l. 38 l. 55 l. 56 D. de A. v. O. H. (29. 2).

auftreten und, wo er dies thut, ist er auch für sich allein ein wesentlicher Irrthum. Auf den ersten Blick könnte man zwar zu der Annahme geneigt sein, es müßte der Delat stets in der vermeintlich größeren Erbportion auch die wirklich deferirte kleinere, und umgekehrt in der kleineren auch die größere antreten oder repudiiren, weil er mit der größeren auch die kleinere [60]), und wenn schon diese, auch jene wolle oder nicht wolle. Unter Umständen würde eine solche Annahme unzweifelhaft dem Willen des Delaten entsprechen, wenn nämlich die Erbschaft solvent, und die Erbfolge nicht mit lästigen Auflagen verknüpft ist. Im entgegengesetzten Falle wird man dies aber nicht behaupten können. Wer auf die Hälfte oder noch mehr berufen zu sein glaubt, kann sich um deswillen bei Insolvenz der Erbschaft trotz seines nahen Verhältnisses zum Erblasser durch seine eigene Lage zur Repudiation genöthigt sehen, während er, bekannt damit, daß sich die Delation auf ein Zehntel der Erbschaft beschränke, aus Pietät gegen den Verstorbenen und aus Rücksicht für sich selbst zu diesem kleineren Betrage die Schulden durch den Antritt übernommen haben würde [61]); und wer in dem Gedanken an jene vermeintliche größere Erbportion trotz einer lästigen Auflage antritt, würde wegen derselben repudiirt haben, wenn er über seinen wahren Erbtheil im Klaren gewesen wäre. Dasselbe Verhältniß kann, wie sich hieraus von selbst ergiebt, auch da eintreten, wo sich der Delat irrthümlich eine kleinere Quote zuschreibt, als ihm gebührt. Der Irrthum über den Umfang

---

60) L. 110 pr. D. de R. J. (50. 17). In eo, quod plus sit, semper inest et minus.

61) L. 23 D. quae in fraud. credit (42. 8)... heredes, quum animadverterent, bona defuncti vix ad quartam partem aeris alieni sufficere, famae defuncti conservandae gratia,... adierunt hereditatem.

der Delation ist demnach von gleichem Interesse und von gleicher Gefahr für den Delaten, wie der Irrthum über ihre causa und ihre Wirkung [62]). Aus diesem Grunde mußte die römische Jurisprudenz, obwohl dies, wie es scheint, nicht ohne Zweifel geschah, auch bei ihm an der strengen Consequenz festhalten und so argumentiren: der Delat, welcher sich über die Erbschaftsquote irrt, irrt sich damit über den Inhalt seines Erbrechts, und schreibt sich deshalb gleichfalls ein anderes Erbrecht zu, als er in Wirklichkeit hat; sein Irrthum schließt daher beim Antritt wie bei der Repudiation den zur Ausübung seines wahren Erbrechts erforderlichen Willen aus [63]).

Aus dem Bisherigen ergiebt sich, daß die zu gültigem Antritt und Repudiation erforderliche Wissenschaft des Delaten nicht schon, wie es in den Institutionen heißt, vorhanden ist, dummodo sciat, eum, in cuius bonis pro herede gerit,

62) Ein denkbares Interesse setzt der Schutz gegen Irrthum stets voraus. Darauf weist z. B. auch die l. 34 § 1 D. de acquir. hered. (29. 2) in einem andern Falle des Irrthums ausdrücklich hin: Consequens est dicere, posse eum adire, maxime quum haec suspicio nihil ei obfuerit, nec periculum attulerit. Wo es an einem solchen Interesse völlig fehlt, ist trotz des error das Geschäft gültig, und es gilt der Satz: plus est in re, quam in existimatione. So z. B. beim Irrthum des Käufers, demzufolge er den Verkäufer nicht für den Eigenthümer des Kaufobjects hält, l. 9 § 4 D. de iur. et facti ign. (22. 6), und ebenso beim Irrthum über die Größe der Schenkung; hier involvirt der Consens auf die größere den auf die kleinere Summe, l. 1 § 4 D. de V. O. (45. 1). Inzwischen findet sich für den letzten Fall auch die entgegengesetzte Ansicht in § 5 J. de inut. stip. (3. 29), unzweifelhaft auf Grund einer älteren strengeren Theorie der Stipulation.

63) L. 75 D. de A. v. O. H. (29. 2). Ex semisse Titius heres scriptus est, quadrantis bonorum possessionem per errorem petiit; quaero, an nihil actum sit, an vero perinde omnia servanda sint, ac si quadrans nominatus non sit? Respondit, magis nihil actum esse, quemadmodum quum ex semisse scriptus heres ex quadrante per errorem adiit hereditatem.

testatum intestatumve obiisse et se ei heredem esse [64]), sondern daß er, wie hinsichtlich der Existenz und der causa, auch über Wirkung und Umfang der Delation nicht im Irrthum sein darf. Ob dieser Irrthum ein entschuldbarer oder unentschuldbarer ist, kann, wie schon erwähnt, soweit es sich um die Wirksamkeit des Antritts oder der Repudiation handelt, überhaupt nicht in Betracht kommen, da der eine wie der andere beweist, daß der dazu in concreto erforderliche Wille der Erklärung ungeachtet nicht vorhanden war. Nur insofern ist die Beschaffenheit des Irrthums von Wichtigkeit, als sich, wenn der Delat im error verstirbt, die Frage aufwirft, ob seine Erben aus seiner Person, wie propter absentiam reipublicae causa [65]), auch propter iustum errorem die Restitution der mit dem Tode untergegangenen Delation in Anspruch nehmen können, oder ob ihnen dieselbe nur auf Grund der transmissio Theodosiana oder Iustinianea zugestanden werden darf. Von der Beantwortung dieser Frage muß hier aber Abstand genommen werden [66]).

Die Fälle, in denen der Irrthum des Delaten ein wesentlicher ist, haben wir vollständig kennen gelernt. Jeder anderweitige error, welcher den Antritt oder die Repudiation begleitet, hebt den dazu nöthigen Willen nicht auf und ist deshalb ein unwesentlicher. Dies gilt namentlich von dem Irrthum im Motive, z. B. wenn der Delat antritt, weil er die Erbschaft fälschlich für solvent, oder wenn er repudiirt, weil er sie fälschlich für insolvent hält. Seine Erklärung ver-

---

64) § 7 J. de hered. qualit. (2. 19).

65) L. 30 pr. l. 86 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2). — Die Regel enthält c. 1 C. de restit. (2. 51).

66) Dagegen scheint zu sprechen c. 7 C. de iure delib. (6. 30). Vgl. § 33 J. de action. (4. 6). Die Praxis wird aber geneigt sein, sich dafür zu entscheiden; vgl. Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 267.

liert hier ihre Wirksamkeit nicht, weil sie des Irrthums ungeachtet den erforderlichen Willen enthält [67]). Ebenso verhält es sich mit dem Irrthum des Delaten über seine eigene Handlungsfähigkeit. Wenn er als paterfamilias oder pubes noch filiusfamilias oder impubes zu sein glaubt, so wird dadurch sein Antritt oder seine Repudiation keine mangelhafte Willenserklärung [68]), diese liegt vielmehr so, wie es nöthig ist, vor, da der Irrthum sich, wie die Quellen es ausdrücken, nur auf eine conditio iuris, d. h. nur auf einen Umstand bezieht, von dem nicht die Existenz, sondern nur die Wirkung seines Willens abhängig ist. Bei einer solchen conditio iuris genügt es deshalb zur wirksamen Ausübung des Erbrechts, daß sie in der That erfüllt ist, während bei einer wahren Bedingung (conditio facti) der Delat auch Kenntniß von ihrer Erfüllung haben muß, weil er sich, so lange er sie für nicht erfüllt hält, kein Erbrecht zuschreiben kann, also zugleich über die Existenz desselben irrt [69]). Wie in den beiden angeführten Fällen, so bleibt auch jeder sonstige Irrthum bei der Ausübung des Erbrechts wirkungslos, wenn um seinetwillen die

---

67) § 5 J. de hered. qual. (2. 19). l. 3 pr. D. si quid in fraud. patroni (38. 5). c. 2 C. de iur. et facti ignor. (1. 18). Gegen diesen Irrthum schützt das beneficium abstinendi im Justinianeischen Recht. Die Restitution, welche im vorjustinianeischen Recht [Gaius II. 163. — § 6 J. de her. qual. (2. 19)] wegen desselben aus besonderen Billigkeitsrücksichten gegeben wurde, ist damit weggefallen. Vgl. v. Savigny, System Bd. 3 S. 383.

68) L. 96 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 74 § 4 D. eod.

69) L. 21 D. de conditionib. (35. 1). Multum interest, conditio facti, an iuris esset; nam huiusmodi conditiones: si navis ex Asia venerit, si Titius consul factus erit, quamvis impletae essent, impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret, eas impletas esse. Quae vero ex iure venient, in his nihil amplius exigendum, quam ut impletae sint, veluti si quis se filiumfamilias existimat, quum sit paterfamilias, poterit acquirere hereditatem....

Abwesenheit des dazu nöthigen Willens nicht behauptet werden kann, wie sich dies namentlich noch aus folgendem Beispiele der Quellen ergiebt: wer als pure institutus unter einer potestativen oder casuellen Bedingung eingesetzt zu sein glaubt und dort nach Erfüllung, hier nach Eintritt der vermeintlichen conditio antritt, hat gültig angetreten, weil es dieses Irrthums wegen nicht an dem Willen dazu fehlt, und weil hier überdies, wie die Quellen hinzufügen, nicht einmal die erste Voraussetzung für den rechtlichen Schutz gegen Irrthum existirt, nämlich irgend ein denkbares Interesse des Delaten, welches durch denselben beeinträchtigt werden könnte[70]).

Die römische Jurisprudenz macht nun aber die wirksame Ausübung des Erbrechts nicht blos davon abhängig, daß der Delat keine unrichtige Vorstellung über sein Erbrecht hat, sie fordert auch, daß er sich nicht im Zweifel über dasselbe befindet[71]), oder, mit andern Worten, es bedarf dazu nicht blos der vera, sondern auch der certa scientia[72]). Wer z. B. zweifelt, ob der Erblasser todt ist oder noch lebt[73]), ob

---

70) L. 34 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2)... nam in nullo haec suspicio obfuit. Vgl. Note 62.

71) L. 23 D. eod. Pompon. In repudianda hereditate... certus esse debet de iure suo is, qui repudiat.

72) L. 76 D. de R. J. (50. 17) Papinian. In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt. Diese regula iuris bezieht sich, wenn nicht ausschließlich, doch ganz vornehmlich auf die Verfügung über eine mortis causa erworbene Delation durch Agnition und Repudiation. Vgl. Jac. Gothofredus, Comment. ad tit. de regul. iur. ed. Trotz p. 935.

73) L. 13 § 1 D. de A. v. O. H. (29. 2) Ulpian. Si quis dubitet; vivat testator nec ne, repudiando nihil agit. l. 19 D. eod. Paulus. Qui hereditatem adire, vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem.

er Testirfähigkeit hatte oder nicht[74]), ob sein Testament gefälscht oder gültig[75]), ob er, der Delat, darin bedingt oder unbedingt eingesetzt[76]), oder ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht[77]), dessen Antritt oder Repudiation ist ein ungültiger Act[78]). Alle diese Fälle involviren einen Zweifel über die Existenz des Erbrechts und haben zur Voraussetzung, daß derselbe nach den Umständen in der Person des Delaten selbst mit Nothwendigkeit vorhanden sein muß, also auch für ihn erst durch ein postfactum gehoben werden kann[79]). Wenn demnach z. B. die Aechtheit des Testaments in Streit gezogen wird, so kommt in Betracht, ob sich die Beschuldigung der Fälschung gegen den Erben selbst oder gegen andere Personen richtet. Dort muß der Erbe darüber gewiß sein,

---

74) L. 32 § 2 D. eod. Ulpian. Sed et si de conditione testatoris incertus sit, paterfamilias an filiusfamilias sit, non poterit adire hereditatem, etsi eius conditionis sit in veritate, ut testari poterit. l. 34 pr. D. eod.

75) L. 51 pr. D. eod. African. Eum, qui duobus testamentis eiusdem testatoris heres scribitur, quum dubitet, num posterius falsum sit, ex neutro eorum posse adire hereditatem placet.

76) L. 32 § 1 D. eod. Ulpian. Sed et si scit, se heredem institutum, sed utrum pure an sub conditione ignoret, non poterit adire hereditatem, licet pure heres institutus sit, et sub conditione, licet paruerit conditioni. — L. 2 D. de condition. (35. 1)... nam ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet hanc conditionem insertam: nam si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati. l. 11 § 1 D. eod.

77) L. 93 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2) Paul.... certus esse debet... an ex institutione, an ex substitutione... heres existat. — L. 21 D. de condit. (35. 1) Julian. Siehe oben Note 69.

78) Der provisorische Besitz der Erbschaft gegen Caution kann natürlich wie beim Zweifel über die Gültigkeit des Testaments durch missio Hadriana, auch beim Zweifel über bedingte oder unbedingte Erbeinsetzung durch b. p. sec. tab. vom Testamentserben in Anspruch genommen werden.

79) Vgl. l. 15 D. de reb. dub. (34. 5).

ob die Beschuldigung begründet ist oder nicht, und damit auch, ob er das Erbrecht hat, hier muß er dagegen darüber zweifeln. Dort kann er deshalb auch gültig antreten und repudiiren, hier kann er es nicht [80]). Und ebenso verhält es sich auch z. B., wo Zweifel über die Schwangerschaft der Wittwe des Erblassers entstehen. Auch hier kommt es darauf an, ob der nach dem etwaigen postumus berufene Erbe den Verhältnissen nach diesen Zweifel theilen muß, oder ob er seinerseits gerechtfertigte Gründe hat, die Frau für nicht schwanger zu halten [81]). Nur im letzten Falle kann er überhaupt gültig antreten [82]), obwohl selbstverständlich, da ja ein Irrthum nicht ausgeschlossen ist, der Antritt nur von Erfolg sein kann, wenn die an sich begründete Vermuthung des Erben demnächst auch wirklich bestätigt wird, oder wie es in den Quellen heißt: toties igitur ei sua praesumptio proficit, quoties concurrit

80) L. 46 D. de A. v. O. H. (29. 2) African. Quum falsum testamentum diceretur, si quidem ipse heres accusaretur, quoniam certus esse debeat, se falsum non fecisse, recte adibit hereditatem; sin autem alius argueretur citra conscientiam eius, non potest adire, quasi dubitet, verum esse testamentum. l. 30 § 8 D. eod. Ulp. Si certus sum, non esse falsum testamentum, vel irritum, vel ruptum, licet dicatur esse, possum adire hereditatem. l. 17 pr. D. eod. Ulp.

81) L. 30 § 1 D. eod. Ulp.

82) L. 30 § 2 D. eod. Sive igitur putem praegnantem, sive sit re vera praegnans, quae eum paritura est, qui suus heres futurus est, adire hereditatem non possum, quoniam in eo est, ut rumpatur testamentum, nisi si proponas ventrem institutum vel exheredatum. § 3. Quod dicitur: si putetur esse praegnans, sic accipiendum est, si dicat se praegnantem. Quid ergo, si ipsa non dicat, sed neget, alii dicant, praegnantem esse? Adhuc adiri hereditas non potest, finge obstetrices dicere. Quid, si ipse putat solus? Si iusta ratione ductus, non potest adire, si secundum multorum opinionem, potest ... l. 84 D. eod. Papin. ... emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnantem sciant.

cum veritate [83]). Wenn daher nachträglich auch nur durch einen abortus die Schwangerschaft der Frau dargethan wird, so war der frühere Antritt des Erben ein ungültiger Act: denn es zeigt sich nun, daß ihm im Moment desselben noch gar kein Erbrecht zustand, welches er hätte ausüben können [84]).

In den erwähnten Fällen, und wo der Delat sonst, wie hier, über die Existenz seines Erbrechts zweifeln muß, kann er, ohne sich mit seinem Bewußtsein in Widerspruch zu setzen, den Entschluß zum Antritt der Erbschaft überhaupt nicht fassen, und wenn er denselben dennoch erklärt, so kann das redlicher Weise keinen weiteren Zweck haben, als eventuell seinen Erben die Transmission der Erbschaft zu sichern. Dies ist zwar ein berechtigter Wunsch des Delaten, allein es würde doch ein verkehrter Weg gewesen sein, wenn man, um ihm Rechnung zu tragen, in iure den Antritt zu einer Zeit gestattet hätte, wo die Existenz des Erbrechts noch in Frage gestellt werden mußte. Denn das römische Recht würde damit nicht blos eine Person zu allen möglichen Dispositionen über die Erbschaft ermächtigt haben, von der sich später herausstellen konnte, daß sie überhaupt kein Erbrecht hatte, sondern es würde auch den Erbschaftsgläubigern sofort eine Person obligirt haben, die, wenn sie sich selbst demnächst als Erbe erwies, doch ihrerseits in der Zwischenzeit ihr Erbrecht nur hätte verfolgen können, um dabei wegen der Unmöglichkeit seines Beweises zu unterliegen, und die exceptio rei iudicatae für die Folge gegen sich zu begründen. Das römische Recht entsprach daher dem allseitigen Interesse, wenn es einerseits einem im noth-

83) L. 30 § 4 D. eod.

84) L. 30 § 4 D. eod. Quid ergo, si praegnans fuit, quum putaret heres, non esse praegnantem, et adiit, mox abortum factum est? Procul dubio nihil egerit.

wendigen Zweifel über die Existenz des Erbrechts erklärten Antritt, dem die Repudiation natürlich gleichgestellt werden mußte, die Wirksamkeit entzog, und andererseits den Umstand, welcher den Delaten auf jenen unrichtigen Weg hindrängen konnte, dadurch berücksichtigte, daß es das Erbrecht überall, wo dessen Ausübung wegen Zweifel über seine Existenz ruhen mußte, auf die Erben des Delaten übergehen ließ. Diese Transmission aus dem Grunde des Zweifels wird uns durch mehr als ein Beispiel bestätigt, so namentlich beim Zweifel über die Aechtheit des Testaments [85]), und über die Aechtheit eines angeblichen Sohnes des Erblassers [86]), und wenn sie auch von vornherein nur in einzelnen bestimmten Fällen durch den Prätor oder durch kaiserliche Constitutionen zugelassen wurde, so zeigt doch die in dem letzten Fall von Papinian zur Rechtfertigung seiner Entscheidung aufgeworfene Frage: quid enim, si non potuerunt adire hereditatem iure cessante, vel ob litem in dubio constituti? daß die spätere römische Jurisprudenz es als ein allgemeines von der aequitas gefordertes Princip betrachtete, den Erben überall zu Hülfe zu kommen, wo ihr Erblasser ein ihm zuste-

---

85) L. 6 § 1 D. de bonis libert. (38. 2). Quum patroni filia heres instituta esset a liberto, falsumque testamentum dictum esset, in quo scripta erat, et appellatione interposita et pendente diem suum obiisset, heredibus eius Divus Marcus subvenit, ut idem haberent, quod haberet patroni filia, si viveret. l. 42 § 3 D. eod.

86) L. 12 D. de Carbon. edict. (37. 10). Papin. Scriptus heres, contra quem filius impubes, qui subiectus dicitur, ex edicto primo bonorum possessionem petit exemplo legitimi, secundum tabulas interim accipere non potest; quodsi medi otempore scriptus, vel ille, qui intestati possessionem habere potuerit, moriantur, heredibus eorum succurrendum erit. Quid enim, si non potuerunt adire hereditatem iure cessante, vel ob litem in dubio constituti?

hendes Erbrecht wegen Zweifel über dasselbe selbst nicht hatte ausüben können [87]). Ja, wir werden unten sehen, daß die römischen Juristen in dieser Beziehung noch weiter gingen.

Mit der dargelegten Behandlung adoptirte das römische Recht den Grundsatz, daß das zweifelhafte Erbrecht dem in der That noch nicht existirenden gleichzustellen, oder was dasselbe ist, daß die Wirksamkeit der Ausübung des Erbrechts nicht von seiner objectiven Existenz, sondern davon abhängig zu machen sei, ob der Delat darüber subjective Gewißheit haben könne. Auf diesen Grundsatz beziehen sich denn auch die römischen Juristen ausdrücklich in einem Fall, welcher uns zugleich lehrt, daß derselbe unter philosophischen Betrachtungen und Streitigkeiten zu Stande gekommen, und daß er von ihnen, wie beim nothwendigen Zweifel über das Dasein des Erbrechts, auch beim nothwendigen Zweifel über den Umfang desselben zur Anwendung gebracht ist.

> l. 36 D. de solut. (46. 3) Julian. lib. 1 ad Ursej. Feroc.:
> Si pater meus praegnante uxore relicta decesserit, et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petiissem, nihil me consumsisse quidam existimant: si nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset, me solum heredem fuisse. Julianus notat: verius

87) Wenn man sich erst darüber geeinigt hatte, daß der Zweifel ein rechtliches Hinderniß des Antritts sein müsse, so lag es auch gewiß nahe, ihn gerade so wie das impedimentum ex senatusconsulto Silaniano als einen Transmissionsgrund zu betrachten, hinsichtlich dessen Divus Marcus, der ja auch beim Zweifel schon in einzelnen Fällen half (Note 85), durch seine in der c. 11 C. de his, quib. ut indign. (6. 35) erwähnte oratio die bisherigen Streitigkeiten darüber zum Abschluß brachte. Vgl. Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte I. S. 127.

est, me eam partem perdidisse, pro qua heres fuissem, antequam certum fuisset, neminem nasci, aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque....

l. 28 § 5 D. de iudic. (5. 1) Paul. lib. 17 ad Plaut.:
Si paterfamilias mortuus esset relicto uno filio et uxore praegnante, non recte filius a debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit, quia poterant plures nasci, cum per rerum naturam certum fuerit, unum nasci. Sed Sabinus, Cassius, partem quartam peti debuisse, quia incertum esset, an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam adspici debere.

Wenn ein Vater mit Hinterlassung eines filius suus und einer schwangern Wittwe intestatus verstirbt, so ist zwar der Sohn von vornherein über die Existenz seines Erbrechts und seiner Erbfolge gewiß, allein über die Größe seiner Erbportion muß er nothwendig so lange zweifeln, als es dahinsteht, ob überhaupt ein postumus, und wie viele zur Welt kommen werden. Er konnte daher auch an und für sich in dieser Zeit die erbschaftlichen Rechte, wenn er eine plus petitio vermeiden wollte [88]), nur zu einer unbestimmten Quote, also in einer formula incerta, mit der hereditatis petitio verfolgen, wie sie der Prätor freilich nur selten, aber doch ge-

---

88) Paulus, R. S. I. 13^b § 5. Hereditas pro ea parte peti debet, pro qua ad nos pertinet: alioquin plus petendi periculum incurrimus et causam perdimus.

rade in dem vorliegenden Falle gab [89]). That er dies nicht, sondern klagte er trotz des erwarteten postumus auf das Ganze, so mußte seine Abweisung erfolgen, und es fragte sich nun, inwieweit die angestellte hereditatis petitio durch den Proceß consumirt sei, wenn später in der That kein postumus geboren wurde [90]). Die Proculejaner erklärten sich nach der ersten Stelle dahin, daß in diesem Fall überhaupt keine Consumtion eingetreten sei (nihil me consumsisse), da der Kläger ja früher richtig geklagt (recte egisse), d. h. keine plus petitio gemacht habe, quia in rerum natura verum fuisset, eum solum heredem fuisse. Aus diesem Entscheidungsgrunde ergiebt sich, wie die Proculejaner dem nothwendigen Zweifel über den Umfang des Erbrechts kein Gewicht beigelegt, sondern nur nach der objectiven

---

89) Gaius IV. 53. 54. l. 1 § 5 D. si pars hered. pet. (5. 4). Vgl. Rudorff a. a. O. II. S. 274 Note 9.

90) Von diesem Falle ist auch in der ersten Stelle allein die Rede. Gewöhnlich nimmt man an, sie behandle die beiden Fälle, wenn ein postumus geboren, und wenn ein solcher nicht geboren werde. Auf den ersten bezieht man die Worte nihil me consumsisse quidam existimant, indem man dazu mit der Glosse postumo postea nato supplirt, und nur auf den zweiten si nemo natus sit, die Worte filium recte egisse — heredem fuisse. Die Entscheidung im ersten Falle wird dann dadurch begründet, daß die Delation an den schon lebenden Sohn überhaupt erst mit der Geburt des postumus erfolge. So namentlich von v. Scheurl, Beiträge zur Bearb. des röm. Rechts Heft 1 S. 82 ff., dessen Ansicht ich selbst früher getheilt habe; vgl. meine Erbschaft S. 138. Allein einen solchen Aufschub der Delation nehmen weder die Proculejaner an, wie sich aus der weiteren Ausführung ergeben wird, noch die Sabinianer: jene ließen vielmehr gerade die Delation sofort zu der vera pars, diese dagegen einstweilen nur zur einer quarta pars eintreten. Vgl. l. 3 § 9 D. de suis et legit. hered. (38. 16). Die Stelle hat überhaupt sehr verschiedene Interpretationen erfahren. Vgl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 42 S. 327 und Windscheid in der kritisch. Ueberschau B. 1 S. 202 Note 2.

Wahrheit die Handlungen des Erben beurtheilt, also das zweifelhafte, aber re vera existirende Erbrecht als solches nachträglich schon für die Zeit der Unentschiedenheit betrachtet wissen wollten, und daß sie sich dabei in Erinnerung an die Lehre der Stoiker, nach welcher Alles dem Verhängniß gemäß geschieht [91]), von dem philosophischen Grundsatz leiten ließen, das Zukünftige sei schon, bevor es eintrete, gewiß: in rerum natura omnia certa esse, cum futura utique fierent, wie er in der zweiten Stelle gefaßt ist, wo, nach dem Vorgang von Sabinus und Cassius, seine Anwendung in unserem Falle von Paulus, ebenso wie von Julian in der l. 36 cit., bekämpft, und das entgegengesetzte Princip aufgestellt wird, es müsse das zweifelhafte Erbrecht wie ein in der That noch nicht existirendes behandelt werden.

Die Proculejaner argumentirten demnach so: das Erbrecht des filius ist seinem Umfange nach von vornherein objectiv gewiß, deshalb steht es ihm auch sofort in diesem Umfange zu, so daß von einer plus petitio nur die Rede sein kann, wenn die Entscheidung über die agnatio postumi zeigt, daß er zur einer größeren, als der ihm in Wahrheit gebührenden Quote die hereditatis petitio angestellt hat. Das iudicium über diese Klage muß also nothwendig in pendenti sein, und sich, wie sonst bei einer res dubia, erst ex postfacto zeigen, ob es Geltung hat oder nicht [92]). Liegt nach dem Ausgang der Schwangerschaft eine plus petitio vor, dann gehen freilich dem Erben die mit der hereditatis petitio verfolgten Rechte ganz verloren, indem in diesem Fall die Voraussetzung des früheren Urtheils zutrifft, und deshalb der neuen

91) Vgl. Zeller, Die Philosophie der Griechen III. S. 83.

92) L. 15 D. de reb. dub. (34. 5). Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur et apparet quid actum est. — Vgl. Fitting, Der Begriff der Rückziehung.

Klage die exceptio rei iudicatae entgegenstehen muß; dagegen kann diese Einrede nicht existiren, wenn sich die frühere Klage als richtig, und damit die Voraussetzung der darauf ergangenen Sentenz als falsch erweist. — Dieser Argumentation stellten die Sabinianer folgende gegenüber. Der Ausgang der Schwangerschaft ist trotz seiner objectiven Gewißheit doch für das Bewußtsein der Menschen ungewiß. Deshalb kann man, um das Verhältniß für die Zeit der 'entschiedenheit zu reguliren, nur von der Frage ausgehen viel postumi etwa geboren werden können, und wenn sich dabei die Annahme einer Drillingsgeburt als gerechtfertigt erweisen muß, so ist auch zuvörderst das Erbrecht des filius auf eine quarta pars zu fixiren, sein der objectiven Wahrheit nach umfassenderes Erbrecht aber als ein noch ruhendes zu betrachten, welches erst beim Eintritt der Mindergeburt für ihn oder seine Erben auf dem Wege der Accrescenz zu rechtlichem Dasein kommt[93]). Demgemäß muß der filius stets eine plus petitio machen, wenn er seine hereditatis petitio nicht auf die quarta pars beschränkt[94]), kann aber auch wegen derselben die verfolgten Rechte stets nur zu dieser Quote verlieren, niemals zu dem erst später accrescirenden Theile[95]), wie dies die Ansicht der Proculejaner, welche überdies mit der Natur des iudicium in Widerspruch geräth[96]), zur Folge haben würde.

---

93) Vgl. l. 3 l. 4 D. si pars hered. pet. (5. 4).

94) Vgl. l. 2 D. eod.

95) L. 25 pr. D. de exc. rei iud. (44. 2). Si is, qui heres non erat, hereditatem petierit, et postea heres factus eandem hereditatem petet, exceptione rei iudicatae non summovebitur. l. 18 D. eod.

96) L. 35 D. de iudic. (5. 1) Javolen. Non quemadmodum fideiussoris obligatio inpendenti potest esse — ita iudicium in pendenti potest esse. Vgl. v. Scheurl a. a. O. S. 84.

Von den beiden Ansichten, welche sich hier gegenüberstanden, wurde die der Sabinianer recipirt, und damit auch implicite das oben ausgesprochene Princip, welches ihre Grundlage ausmachte: das zweifelhafte Erbrecht steht dem in der That noch nicht existirenden in iure gleich [97]). Denn wenn diese Beschaffenheit des Erbrechts seine Realisirung für den heres suus hindert, muß sie dieselbe selbstverständlich auch für den heres voluntarius hindern, oder, was dasselbe ist, wie den Erwerb der Erbschaft ipso iure, muß sie auch den Erwerb der Erbschaft durch Antritt ausschließen.

In dem speciellen Fall, in welchem wir das Princip der Sabinianer zur Herrschaft gelangen sehen, ließ es sich rechtfertigen, wenn man, des nothwendigen Zweifels über die Größe der Erbschaftsquote ungeachtet, zu einem bestimmten Theile doch sofort die Ausübung des Erbrechts ermöglichte: denn der Theil, zu welchem dies geschah, konnte als ein dem Erben jedenfalls zukommender betrachtet werden, wenn von außergewöhnlichen Fällen abgesehen wurde [98]), denen gegenüber es gerechtfertigt erscheinen mußte, einen schon vorhandenen Erben mehr zu berücksichtigen, als einen solchen, der aller Wahrscheinlichkeit nach niemals existiren wird; für diesen thut das Recht genug, wenn es eine eventuelle Decrescenz anordnet [99]), ohne die damit für ihn verbundene Gefahr weiter in Anschlag zu bringen. Von einem derartigen Ausweg, wie er sich bei der Erwartung von postumi darbietet, kann nun

---

97) L. 93 pr. D. de A. v. O. H. (29. 2) Paulus... certus esse debet an pro parte, an ex asse . . . heres existat. Vgl. auch die Verfasser der Stellen in Note 71 bis 82.

98) L. 3 in fin. D. si pars hered. pet. (5. 4) . . . τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς, ut ait Theophrastus, παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται.

99) L. 4 D. eod. . . . si plures, quam tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est.

aber bei einem anderweitigen Zweifel über die Größe der Erbschaftsquote natürlich nicht die Rede sein. Hier muß derselbe vielmehr den Antritt ganz hindern, aus diesem Grunde aber auch, wenn der Delat vor der Entscheidung stirbt, sein Erbrecht auf seine Erben transmittirt werden. Der Antritt im nothwendigen Zweifel über den Umfang des Erbrechts würde dieselben Inconvenienzen nach sich ziehen können, wie der im nothwendigen Zweifel über seine Existenz, auf welche oben hingewiesen ist. Dieser praktische Gesichtspunkt war sicher der Grund, aus welchem die Sabinianer die Anschauung der Proculejaner bekämpften, die natürlich nicht blos, wo es sich um postumi handelte, sondern, wie ihr Princip es forderte, bei jedem Zweifel über das Erbrecht die Handlungen des Erben aus der Zeit der Unentschiedenheit ex postfacto beurtheilen, also eine Rückziehung eintreten lassen wollten, wie sie ja auch anderweitig im römischen Recht unbestritten Statt fand.

Mit der Ausübung des Erbrechts im nothwendigen Zweifel über die Größe der Erbportion darf man nun aber diejenige nicht verwechseln, welche vom Erben blos ohne Kenntniß von derselben vorgenommen wird, obwohl er sich diese hätte verschaffen können. Hier ist sein Antritt vollkommen gültig, weil jene Möglichkeit alle diejenigen Gefahren ausschließt, um derentwillen allein der nothwendige Zweifel dem Erben die Disposition über sein Erbrecht entzieht [100]). Demgemäß ist bekanntlich der Antritt des testamentarischen Erben nicht abhängig von der Eröffnung des Testaments, wiewohl

100) Unsere heutige Doctrin hält hinsichtlich der Größe der Erbportion die Fälle des Irrthums, des nothwendigen Zweifels und des bloßen Nichtwissens nicht aus einander. Vgl. z. B. v. Vangerow, Lehrb. d. Pand. § 498 und Böcking, Pandecten im Grundriß § 89 Note 4.

er sich vor derselben meistens in Unkenntniß über seine Erbportion befinden wird[101]); und ebenso ist es natürlich überall, wo der Erbe nur auf die Wissenschaft hierüber verzichtet. Die Möglichkeit der Wissenschaft genügt, und auch sie ist nur ein Erforderniß hinsichtlich der von vornherein dem Erben bestimmten Portion. Bei der Rechtsnothwendigkeit, mit welcher die Accrescenz erfolgt, kann der Erbe darüber, welche Quote ihm im letzten Resultate durch die Erbfolge zufallen wird, niemals Kenntniß haben, es existirt aber auch für eine solche Kenntniß in keiner Weise ein praktisches Bedürfniß[102]). Ja selbst die Unbekanntschaft mit einem beim Antritt schon eingetretenen Accrescenzfall hindert den Erwerb der Erbschaft nicht, wie wenn z. B. ein zugleich instituirter und substituirter Erbe antritt, ohne zu wissen, daß sich auch die Bedingung der Substitution schon erfüllt hat: denn, wer seine Institutionsportion haben will, weiß, daß ihm mit dieser eventuell

---

101) c. un. § 5 C. de caduc. toll. (6. 51)... etiam clausis tabulis tam existere heredes, quam posse adire, sive ex parte sint sive ex ex asse instituti, censemus. [Nach dem früheren Rechte der lex Julia et Papia Poppaea verhielt sich dies beim heres ex parte bekanntlich anders. Ulpian. fragm. XVII. 1.] Vgl. auch Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 205: Erbschaftsantretung bei uneröffnetem Testament.

102) Deshalb war der Antritt auch in folgendem Falle möglich: l. 5 § 1 D. si pars hered. pet. (5. 4) Paulus.... Quodsi forte ita institutio facta est: quotcunque mihi nati erunt et Lucius Titius pro virilibus portionibus heredes mihi sunto, habebit haesitationem, numquid adire non possit, atque qui in testamento portionem suam nescit. Sed utilius est, posse eum adire, qui nescit portionem, si cetera, quae oportet eum scire, non ignoret. v. Vangerow a. a. O. übersieht bei dieser Stelle, daß es sich hier nur um einen Zweifel darüber handelt, wie groß die Erbschaftsquote im letzten Resultate sein wird; bis zur Entscheidung über die agnatio postumi beträgt sie eine quarta pars, und deshalb kann eben der Erbe antreten.

die ganze Erbschaft mit Nothwendigkeit zufällt, berücksichtigt also auch die Möglichkeit einer Accrescenz stets im Voraus[103]).

Durch die bisherige Erörterung ist nun festgestellt, daß der Zweifel über Existenz und Umfang des Erbrechts, gerade so wie der Irrthum über diese beide Punkte, ein wesentlicher ist. Es fragt sich, ob der Zweifel über Grund und Wirkung der Delation dem Irrthum ebenfalls gleichsteht. Hinsichtlich des Delationsgrundes ist die Frage iure civili zu bejahen[104]), iure praetorio aber und damit auch für das heutige Recht zu verneinen.

l. 84 D. de A. v. O. H. (29. 2) Papinian.: Ventre praeterito si filius, qui fuit emancipatus, aut exter heres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas. Sed si vacuo ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intel-

---

103) L. 21 § 3 D. de A. v. O. H. (29. 2). Si quis partem, ex qua institutus est, ignoravit, Julianus scribit, nihil ei nocere, quominus pro herede gereret. Quod et Cassius probat, si conditionem, sub qua heres institutus est, non ignorat, si tamen extitit conditio, sub qua substitutus est. Quid tamen, si ignorat, conditionem extitisse? Puto, posse adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit. — l. 35 pr. D. eod. Si quis heres institutus ex parte, mox Titio substitutus, antequam ex causa substitutionis ei deferatur hereditas, pro herede gesserit, erit heres ex causa quoque substitutionis, quoniam invito quoque ei accrescit portio. Die erste Stelle bedarf nach dem Obigen keiner weiteren Erklärung. Es ergiebt sich daraus auch, daß sie mit der l. 21 D. de condit. (35. 1) (Note 69) nicht im Widerspruch steht, wie man früher annahm. Vgl. darüber v. Vangerow a. a. O. § 498. Siehe auch Böcking, Pandecten im Grundriß § 89 Note 4.

104) L. 93 pr. D. eod.... certus esse debet... an testamento, an ab intestato... heres existat.

ligitur; emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnantem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? Et ideo decreto filio succurrendum est, quia, sive frater ei nascatur, sive non nascatur, patri heres futurus est. Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est.

l. 4 § 3 D. de bon. poss. c. t. (37. 4) Paulus:

Si quis eum, qui in utero est, praetermiserit, etiam nondum nato eo, alius, qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest, quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus, ut, et si ante moriatur, bonorum possessionis beneficium ad heredem transmittat; quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest.

l. 5 D. eod. Julian.:

Sed et si decesserint, antequam peterent bonorum possessionem, non est iniquum, Praetorem decernere, heredibus eorum salvum fore commodum bonorum possessionis secundum tabulas, vel contra tabulas.

Wenn ein Erblasser in seinem Testamente einen bei seinem Tode erwarteten postumus präterirt hat, so kann der instituirte filius, obwohl er auf alle Fälle ein Erbrecht hat,

und mit der provisorisch angenommenen quarta pars auch der Umfang desselben feststehen würde, doch iure civili allein deshalb die Erbschaft nicht erwerben, weil es noch ungewiß ist, ob sie ihm ex testamento oder ab intestato zukommt. Erweist sich die Frau später überhaupt nicht als schwanger, so ist zwar ein filius suus sofort ipso iure aus dem Testament Erbe geworden, und hat deshalb auch den Nachlaß auf seine Erben transmittirt, wenn er vor der Entscheidung gestorben ist, beim filius emancipatus aber, und bei einem dem postumus nachstehenden heres extraneus geht in diesem Fall den Erben die Erbschaft verloren, da sie dieselbe nur durch Antritt erwerben können, dieser aber in der Zeit der Ungewißheit unmöglich ist. Dasselbe Resultat tritt auch dann ein, wenn die Frau wirklich schwanger war, und zwar in diesem Fall gleichmäßig für die Erben eines instituirten suus, wie für die eines emancipatus: denn die jetzige Intestatdelation erfolgt erst mit der von ihnen nicht mehr erlebten agnatio postumi [105]). Daß die römische Jurisprudenz durch prätorische Hülfe auch hier überall den Erben des institutus die Erbschaft gesichert wissen wollte, entsprach nur dem in den obigen gleichartigen Fällen befolgten Princip. Man blieb aber, falls der Testamentserbe ein filius war, dabei nicht stehen, sondern gab, wie die beiden ersten Stellen zeigen, diesem selbst schon in der Zeit der Ungewißheit, — dem emancipatus wie dem suus, weil beide Erben werden, es mag ein postumus geboren werden oder nicht — die Möglichkeit, die Erbschaft ex quarta parte [106]) zu acquiriren, und zwar, wie

105) Nur wenn kein lebender postumus zur Welt kommt, wird ein als heres ex asse ohne Substituten instituirter suus so behandelt, als wenn er im Moment seines Todes seinen paterfamilias ab intestato beerbt hätte: l. 16 D. de liber. et. postum (28. 2).

106) L. 1 § 4. 5 D. de b. p. contra tab. (37. 4).

wir aus der letzten Stelle sehen, ohne deshalb die Erben des filius ungünstiger zu stellen, als die Erben eines Delaten, der selbst wegen des Zweifels über sein Erbrecht nicht antreten kann: man berücksichtigte ein mögliches Interesse des filius, sich vor der Entscheidung, ob er testamento oder lege berufen sei, nicht zu binden, und gewährte deshalb, wenn er zuvor starb, auch seinen Erben noch das commodum bonorum possessionis, gleich als ob sich der filius selbst dieselbe schon erbeten hätte [107]).

Im Justinianeischen Recht hat nun bekanntlich die bonorum possessio den Charakter eines civilrechtlichen Delationsgrundes angenommen, und es stellt sich deshalb im heutigen Recht das Verhältniß in unserem Fall so: der filius kann sich sofort als Erbe ex quarta parte geriren, das etwaige plus dagegen erst demnächst durch Accrescenz erhalten, die Transmission auf seine Erben erfolgt aber beim emancipatus, wie beim suus, auch wenn er ohne Antritt vor der Entscheidung gestorben ist. Dagegen kann der instituirte extraneus in der Zeit der Ungewißheit nicht antreten, weil überhaupt noch die Existenz seines Erbrechts in Frage steht; wird aber demnächst kein postumus geboren, und dies erst nach seinem Tode gewiß, so hat auch er sein Erbrecht auf seine Erben transmittirt [108]). Dafür giebt es zwar keine Quellenstellen, aber es

107) Natürlich konnte das, was hier die aequitas forderte, nicht ohne Widerspruch zur Geltung gelangen, und es kann daher nicht auffallen, wenn Cervidius Scaevola sich in l. 3 § 30. 32 D. ad. senat. Silan. (29. 5) noch ganz auf den Standpunkt des strengen ius civile stellt, d. h. weder den Antritt für möglich hält, noch die Transmission zuläßt.

108) Wird nach seinem Tode ein postumus geboren, oder erweist sich auch die Wittwe nur als schwanger, so kann natürlich von einer solchen Transmission nicht die Rede sein, da dann dem Verstorbenen der venter im Wege stand, also die Delation an ihn überhaupt nicht

muß nichtsdestoweniger ganz unzweifelhaft erscheinen [109]). Denn dieser Fall ist dem völlig analog, wo ein angeblich untergeschobener unmündiger Sohn dem nachstehenden Testaments- oder Intestaterben in den Weg tritt: dieser kann selbst vor der Entscheidung nicht antreten, aber, wenn er vor derselben stirbt, kommt der Prätor eventuell seinen Erben durch bonorum possessio decretalis zu Hülfe [110]), das heißt materiell und vom Standpunkte des Justinianeischen Rechts nichts anderes, als es wird sein Erbrecht auf seine Erben transmittirt. Von diesem materiellen Gesichtspunkte faßt auch schon Julian in der l. 5 cit. die Sache auf, indem er sagt, heredibus salvum fore commodum bonorum possessionis, obwohl hier formell von Transmission einer dem Erblasser deferirten bonorum possessio nicht die Rede sein konnte. Denn die b. p. decretalis wird erst mit dem Decret deferirt, mit diesem aber auch sofort acquirirt [111]). Es konnte also auf Grund derselben nur die Transmission einer acquirirten Erbschaft erfolgen, und demgemäß für die Erben eines Delaten, der selbst zur petitio bonorum possessionis nicht berechtigt war, Hülfe nur in der Weise eintreten, daß, falls sie die Erbschaft haben wollten, die Sache so behandelt wurde, als ob der Prätor das Decret schon ihrem Erblasser ertheilt hätte. Formell fand also iure praetorio niemals eine Transmission des Erbrechts [112]), sondern nur der hereditas acquisita Statt. Es war dies hier um so mehr hervorzuheben,

---

erfolgt war. Daher die Entscheidung von Papinian in l. 4 D. ad senat. Silan. (29. 5).

109) Dagegen erklärt sich Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 43 S. 178.

110) Siehe oben Note 86.

111) L. 1 § 7 D. de succ. edict. (38. 9).

112) Vgl. l. 3 § 7 in fin. D. de bonor. poss. (37. 1).

als man sonst auf Grund der nachfolgenden Stelle zu der Annahme geneigt sein könnte [113]), das ius praetorium habe selbst beim nothwendigen Zweifel über die Existenz des Erbrechts durch b. p. decretalis nicht blos die Transmission, sondern auch den Antritt ermöglicht.

l. 1 § 1 D. ad senat. Tertull. (38. 17) Ulpian.:

Si ea sit mater, de cuius statu dubitatur, utrum materfamilias sit, an filiafamilias, utputa quoniam pater eius ab hostibus captus sit, si certum esse coeperit, matremfamilias esse, liberi admittentur. Unde tractari potest, an medio tempore, dum status pendet, succurri iis per Praetorem debeat, ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant. Et magis est, ut subveniatur, ut in multis casibus placuit.

Wenn es hier in dem zweiten Satz heißt, daß der Prätor medio tempore, dum status pendet, den Kindern zu Hülfe kommen müsse, ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant, so kann das nur so verstanden werden: die Kinder werden auf den Fall, daß sie vor der Entscheidung sterben, nachträglich vom Prätor so behandelt, als ob er ihnen die b. p. unde legitimi [114]) durch Decret ertheilt hätte. Wollte man sie dahin auslegen, es hätten sich die Kinder wirklich selbst schon in der Zeit der Ungewißheit jene bonorum possessio erbitten können, so würde der zweite Satz mit dem ersten in Widerspruch stehen, und zugleich mit einer andern Stelle desselben Juristen, in der

113) Vgl. z. B. Leist, Die Bonorum Possessio Bd. 2 S. 345.
114) L. 2 § 4 D. unde legitimi (38. 7).

ganz allgemein die Erbittung der b. p. unde legitimi so lange für unzulässig erklärt wird, als die Ungewißheit über den status des Erblassers andauert [115]).

Der Zweifel über die Existenz des Erbrechts schließt also auch nach prätorischem Recht den Antritt aus. Die Abweichung desselben vom ius civile beschränkt sich auf den Zweifel über den Delationsgrund. Wenn sich mit diesem kein Zweifel über Dasein oder Umfang des Erbrechts verbindet, so hindert er iure praetorio und daher auch heute Antritt wie Repudiation nicht mehr, bewirkt aber demungeachtet die Transmission, wenn der Delat ohne Ausübung seines Erbrechts vor Lösung des Zweifels stirbt. Daß der Satz in dieser Allgemeinheit wahr ist, wird nicht in Abrede gestellt werden dürfen, obwohl wir in den Quellen nur den oben angeführten einzigen Fall seiner Anwendung finden. Es würde jedes innern Grundes entbehren, wollte man anders urtheilen, wenn z. B. ein paterfamilias seinem impubes suus die Intestaterben desselben zu gleichen Quoten pupillariter substituirt, beim Tode des impubes aber einer von ihnen die Gültigkeit des Pupillartestaments in Streit gezogen hat. Die Pupillarsubstituten werden hier gerade so auf alle Fälle Erben, wie der instituirte filius, wenn die Gültigkeit des Testaments wegen Präterition eines erwarteten postumus zweifelhaft ist, und es wird daher Niemand behaupten wollen, daß der Prätor die

---

115) L. 2 § 3 D. eod. Ulpian. Si quis decesserit, de quo incertum est, utrum paterfamilias, an filiusfamilias sit, quia pater eius ab hostibus captus adhuc vivat, vel quod alia causa suspendebat eius statum, magis est, ne possit peti bonorum eius possessio, quia nondum intestatum eum esse apparet, quum incertum sit, an testari possit. Quum igitur coeperit certi status esse, tunc demum petenda est bonorum possessio, non quum certum esse coeperit, intestatum esse, sed quum certum esse coeperit, patremfamilias esse.

d. p. decretalis, welche er dem filius und dessen Erben gewährte, den Pupillarsubstituten und dessen Erben versagt haben würde.

Es erübrigt jetzt noch die Frage, wie es sich mit dem Zweifel über die Wirkung der Delation verhält. Ein solcher kann sich z. B. in dem zuletzt angeführten Falle mit dem Zweifel über den Grund der Delation verbinden, wenn nämlich die Pupillarsubstituten sui des Testators sind, weil sie dann bei der Erbfolge ex testamento pupillari bekanntlich als nothwendige [116]), bei der Intestaterbfolge aber als freiwillige Erben des impubes auftreten. Ob ein derartiger Zweifel die Ausübung des Erbrechts hindert oder nicht, die Quellen geben darüber keine Auskunft. Vergegenwärtigt man sich indessen, daß dabei Inconvenienzen, wie sie oben erwähnt sind, nicht entstehen können, so wird man nach dem Geist des römischen Rechts auch ihm kein Gewicht beilegen dürfen, sondern ihn dem Zweifel über den Grund der Delation gleichstellen müssen. Demgemäß würde also auch, wer zweifeln muß, ob er necessarius oder voluntarius heres ist, selbst schon in der Zeit der Ungewißheit die Erbschaft erwerben und ablehnen können, und seine Ablehnung, jenachdem er sich später als nothwendiger oder freiwilliger Erbe erweist, Abstinenz oder Repudiation sein; er wird sich aber auch passiv verhalten dürfen, und doch, wenn sich nach seinem Tode zeigt, daß er ein freiwilliger Erbe war, die Delation auf seine Erben transmittiren. Dies wird man auch hier aus dem Grunde annehmen müssen, weil der Erbe nicht wissen kann, ob seine Ablehnung der Erbschaft die Folgen der Abstinenz oder der Repudiation nach sich ziehen wird. Denn das verschiedene Resultat seiner Ablehnung kann von Einfluß auf seine Ent-

116) L. 2 § 4 l. 10 § 1 D. de vulg. et pup. subst. (28. 6).

schließung sein, so daß also, wie beim Zweifel über die causa der Delation, auch hier ein Interesse des Erben möglich ist, vor eingetretener Gewißheit überhaupt nicht zu handeln. Hat nun das prätorische Recht dort jenes Interesse durch die Transmission berücksichtigt, so würde es offenbar principlos sein, wenn man sie hier für unzulässig erklären wollte. Ja ich möchte dies sogar noch für einen andern Fall behaupten, nämlich für den nothwendigen Zweifel des Erben über seine Fähigkeit zum Antritte, obwohl schon das ius civile in ihm kein Hinderniß einer wirksamen Ausübung des Erbrechts sieht, sondern, wie den Irrthum, auch den Zweifel hierüber für unschädlich erklärt [117]). Denn ein Zweifel, welcher die Berechtigung zu einer Handlung in Frage stellen muß, ist jedenfalls eine iusta causa für die Unterlassung derselben, und wenn man daher auf die aequitas sieht, d. h. auf den Geist, in welchem die römische Jurisprudenz bei Zweifeln des Delaten die vom ius strictum geforderte Unvererblichkeit der Delation durch prätorische Hülfe gebrochen wissen will, so wird man hier, ebenso wie beim Zweifel über den Delationsgrund, mit Julian sagen müssen: non est iniquum, Praetorem decernere, heredibus eorum salvum fore commodum bonorum possessionis.

Wir gelangen also hiernach zu folgendem Resultat. Der Zweifel über Existenz und Umfang des Erbrechts schließt die Ausübung desselben aus, und ist deshalb ein wesentlicher, der Zweifel über Grund und Wirkung der Delation, sowie der über die Handlungsfähigkeit des Delaten hat diese Folge nicht, ist also aus diesem Gesichtspunkt ein un-

117) L. 34 pr. l. 74 § 4 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 6 § 4 D. eod.... qui dubitat utrum filiusfamilias an paterfamilias morte patris factus est, posse adire hereditatem, magis admittit. Vgl. l. 59 pr. D. de hered. inst. (28. 5).

wesentlicher. Die Transmission bewirkt aber dieser, wie jener, während jeder anderweitige Zweifel ohne alle rechtliche Wirkung bleibt. So selbstverständlich der Zweifel über Solvenz oder Insolvenz der Erbschaft, bei dem seit Justinian das beneficium inventarii Schutz gewährt, falls aber der Delat die Deliberation vorzieht und inmitten derselben stirbt, eine Transmission nur innerhalb der Frist der transmissio Justinianea Statt finden kann. Eine solche Transmissionsfrist existirt bei der Transmission aus dem Grunde des Zweifels nicht: denn wenn auch ursprünglich im römischen Rechte da, wo man diese Transmission durch b. p. decretalis bewirkte, die Fristen derselben beobachtet werden mußten, so kann doch davon im Justinianischen Rechte keine Rede mehr sein, weil jene bonorum possessio hier die Natur eines civilrechtlichen Delationsgrundes erhalten hat [118]).

Wo der Delat durch Irrthum oder Zweifel an der wirksamen Ausübung seines Erbrechts nicht gehindert ist, da hat er die freie Wahl zwischen Antritt und Repudiation. Dies erleidet bekanntlich nur eine Modification beim heres fiduciarius, der, um das Universalfideicommiß aufrecht zu erhalten, zum Antritt gezwungen werden darf, und beim Testamentserben, der zugleich nächster Intestaterbe ist, insofern dieser zwar die Erbschaft ex testamento repudiiren und ab intestato antreten, aber sich dadurch nicht von den angeordneten Vermächtnissen frei machen kann [119]), Vorschriften, die den Willen des Erblassers gegen die Willkür des Erben schützen sollen.

118) Vgl. Leist a. a. O. §§ 157—160 und § 171 S. 345. Die frühere Praxis war nicht dieser Meinung und forderte daher z. B. für die b. p. unde vir et uxor die Beobachtung der Agnitionsregeln. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 9 Nr. 313 (1834) und dagegen Bd. 7 Nr. 71 (1852).

119) L. 16 § 2 D. ad senat. Trebell. (36. 1). — l. 1 pr. D. si quis om. causa test. (29. 4).

Einer allgemeinen Beschränkung unterliegt dagegen die Ausübung des Erbrechts durch die vom römischen Recht angeordnete Untheilbarkeit derselben. Sie hat offenbar einen doppelten Zweck: sie soll einerseits dem Willen des Erblassers, und andererseits seiner Ehre, d. h. gegen die bonorum venditio und die mit ihr verknüpfte infamia, Schutz gewähren. Mit Einem Erben, gleichviel auf welche Quote er dies zunächst geworden ist, soll der Erblasser die doppelte Garantie haben, daß sein Nachlaß als solcher zu keinem Theile mehr Gegenstand des Concurses wird, und daß wegen Mangels einer verpflichteten Person sein letzter Wille nicht unerfüllt bleibt, wie es geschehen müßte, wenn eine erblose Quote, weil sie nach Abzug der Schulden und Vermächtnisse keinen Gewinn mehr verspricht, auch vom Fiscus ausgeschlagen wird [120]), da Vermächtnißnehmer nur einen Anspruch unter der stillschweigenden Bedingung, si heres erit, also im Concurse überhaupt keine Stelle haben [121]), und wer Erbe geworden ist, für die Vermächtnisse nur soweit haftet, als sie durch seinen erbschaftlichen Erwerb gedeckt werden können [122]). Dies ist der Grund, aus welchem die Accrescenz vacanter Erbportionen mit Nothwendigkeit und, sofern es der Erblasser nicht gerade anders will [123]), cum onere eintritt [124]), und dies ist auch der Grund, weshalb der Erbe die ihm deferirte Erbportion nicht zum Theil acquiriren, zum Theil repudiiren,

---

120) L. 1 § 1 D. de iure fisci (49. 14).

121) L. 21 § 1 D. quando dies legat. (36. 2). — l. 17 D. de m. c. donat. (39. 6).

122) L. 114 § 3 D. de legat. (30).

123) L. 74 D. eod.

124) Justinian begnügt sich in c. un. § 10 C. de caduc. toll. (6. 51) mit folgendem Grunde: quum sit absurdum, eiusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere.

oder, wo er auf mehre Portionen eingesetzt ist, nicht die eine annehmen, und die andere ausschlagen kann [125]), selbst dann nicht, wenn er für die eine Quote einen Substituten hat, da dessen Repudiation die Vacanz derselben zur Folge haben könnte [126]). Wer zu einem Theile den Antritt erklärt, erwirbt daher demungeachtet die ihm deferirte Erbportion ganz [127]), und wer von mehren Erbportionen eine annimmt, acquirirt damit gegen seinen Willen auch die anderen [128]), ja der Erwerb der pure hinterlassenen Portion zieht den der sub conditione hinterlassenen mit dem Eintritt der Bedingung ohne Weiteres und mit Nothwendigkeit nach sich [129]), also namentlich auch der Erwerb der Institutionsportion den der Substitutionsportion, sofern nur der institutus die Delation noch erlebt [130]), und, wenn dies nicht der Fall ist, schließt wiederum die Accrescenz für die Miterben die Vacanz der Portion aus [131]). Und nicht einmal überall wird, wo Jemand zugleich pure und sub conditione instituirt ist, die Delation der bedingt hinterlassenen Portion suspendirt. Soweit sich von

125) L. 1 l. 2 D. de A. v. O. H. (29. 2). c. 20 C. de iure delib. (6. 30).

126) L. 80 pr. D. eod.

127) L. 10 D. eod.

128) L. 80 § 1 D. eod.

129) L. 59 § 5 D. de hered. inst. (28. 5).

130) L. 35 pr. l. 76 pr. l. 81 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 9 D. de suis et legitim. hered. (38. 16). . . . Alia causa est instituti heredis, et coheredis substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem eius sequitur.

131) L. 10 pr. l. 45 § 1 D. de vulg. subst. (28. 6). l. 59 § 6 D. de hered. inst. (28. 5). Wegen des blos scheinbaren Widerspruchs der letzten Stelle mit l. 53 D. de A. v. O. H. (29. 2) siehe jetzt Fuchs, Ueber Erwerbung mehrer Erbportionen im Archiv für civilist. Praxis Bd. 39 S. 241 ff.

vornherein die Accrescenz als eine absolut nothwendige erweist, beseitigt sie die Wirkung der Bedingung, d. h. so weit jener gemäß dem Erben die bedingt hinterlassene Portion zufallen muß, die conditio mag eintreten oder nicht, erwirbt er sie mit der pure hinterlassenen Quote zugleich [132]).

Es wird keiner weiteren Ausführung bedürfen, daß es keine theoretischen, sondern praktische Gründe waren, welche im römischen Recht zur Untheilbarkeit der Ausübung des Erbrechts und dem damit im engsten Zusammenhang stehenden Accrescenzrecht führten, und daß insbesondere auch das letztere nicht, wie es gewöhnlich geschieht, als eine bloße Folge der Untheilbarkeit der sog. vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers betrachtet werden darf: denn abgesehen davon, daß der Begriff der vermögensrechtlichen Person überhaupt ein unhaltbarer ist [133]), kann, wenn es an sich für einen Erben

---

132) L. 52 § 1. l. 53 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 27 pr. l. 33. l. 59 § 6 D. de hered. inst. (28. 5). Diese Stellen finden sich näher erörtert bei Fuchs a. a. O. S. 239 ff.

133) Vgl. meine Erbschaft S. 89 ff. Mit den Gründen, aus welchen in dieser Schrift die auch von Windscheid, Krit. Ueberschau Bd. 1 Nr. 8 und die Actio des röm. Civilr. S. 234 ff., vertheidigte absolute Herrenlosigkeit der Erbschaft behauptet worden ist, erklärt sich im Allgemeinen einverstanden Brinz, Lehrb. d. Pand. Abth. 2 § 154—156. Namentlich verwirft auch er das Operiren mit Fictionen, durch welche die herrschende Doctrin hier das Subject herstellen will; ebenso Bekker, Die Geldpapiere in seinem Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts Bd. 1 S. 305 und Demelius, Die Rechtsfiction S. 80; vgl. auch dessen Abhandl. über fingirte Persönlichkeit in diesen Jahrb. Bd. 4 S. 114 ff. Dagegen haben besonders Unger, Zur Lehre von den juristischen Personen in der Krit. Ueberschau Bd. 6 S. 156 ff. und Vering, Röm. Erbrecht in histor. und dogmat. Entwickelung S. 65 ff. wieder die Persönlichkeit der Erbschaft mit Eifer vertheidigt. Vgl. auch Vering's Recension meiner Erbschaft in den Heidelberg. Jahrb. 1857 Nr. 44 und 45. Ihre

möglich ist, diese Persönlichkeit nur zu einer Quote des Nachlasses zu repräsentiren, nicht schon in ihrer Natur der Grund gefunden werden, weshalb sich eventuell die Repräsentation auf den ganzen Nachlaß ausdehnen muß.

Gründe haben mich eines Besseren nicht zu überzeugen vermocht. Es sind immer die alten Ausgangspunkte: jedes Recht ist eine Macht, und daher ein nothwendiges Rechtsprincip, daß Rechte ohne Subject nicht existiren können. Daran hält man fest, ohne sich klar zu machen, daß jede juristische Begriffsbestimmung, also auch die des Rechts im subjectiven Sinne, und jedes juristische Princip das positive Recht zur Grundlage haben, aus ihm abstrahirt werden, also ihm gegenüber wahr sein muß, und daß deshalb, wenn nach positivem römischem Recht temporär Rechte auch ohne Subject existiren, wie dies nicht blos bei den Erbschaftsrechten, sondern auch bei den iura eines captivus der Fall ist, der Begriff des Rechts nicht so definirt werden darf, daß damit die subjectlose Existenz von Rechten im Widerspruch steht. Statt die hergebrachte Begriffsbestimmung zu berichtigen, läßt man lieber auf Grund derselben die von Natur unpersönliche Erbschaft durch die römische Jurisprudenz zu einer Person machen, — während doch jede Uebertragung der Persönlichkeit auf das von Natur Unpersönliche ihren Begriff nothwendig aufheben muß —, und betrachtet die Erwerbsfähigkeit der Erbschaft als eine Folge ihrer Persönlichkeit, während doch für sie nur Erwerbungen möglich sind, bei denen es eines factum und der substantia personae nicht bedarf: l. 61 § 1 D. de A. R. D. (41. 1). Wenn die römischen Juristen mit dem Ausspruch hereditas in quibusdam vice personae fungitur [vgl. z. B. l. 15 pr. D. de usurp. (41. 3)] auch nur hätten sagen wollen, daß der Nachlaß eines Verstorbenen einer Person, also dem Menschen, um deswillen ähnlich sei, weil sich derselbe in vielen Fällen noch gerade so, wie bei Lebzeiten seines Inhabers, um Rechte vermehren und vermindern kann [hereditas iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit, l. 178 § 1 D. de V. S. (50. 16). l. 20 § 3 D. de H. P. (5, 3)], so würde schon eine solche bloße Vergleichung abgeschmackt sein und nur Ein Seitenstück in den Quellen haben, nämlich in l. 40 pr. D. de peculio (15. 1). Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur, et ideo eleganter (?) Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini, wozu die Glosse mit Recht bemerkt: eadem ratione et asino.

Ich gehe hier nicht näher auf die Frage ein, ob sich Antritt und Repudiation auch per procuratorem bewirken lassen, da dieselbe bereits anderweitig erörtert und mit Recht aus dem Grunde bejaht worden ist, weil beide durch formlose Willenserklärung erfolgen können [134]). Selbstverständlich darf man aber daraus nicht auch die Zulässigkeit eines bedingten oder betagten Antritts folgern; diese muß auch noch, nachdem die hereditatis aditio den Charakter eines actus legitimus [135]) verloren hat, fortwährend verneint werden. So wenig ein Eigenthümer seine Sache ex die oder sub conditione derelinquiren kann, so wenig kann ein Erbe ex die oder sub conditione agnosciren oder repudiiren. Seine Erklärung, von einem bestimmten Tage, oder vom Eintritt einer bestimmten Thatsache an Erbe sein zu wollen, ist identisch mit der, sich zu dieser Zeit über den Antritt entscheiden zu wollen: denn eine formlose einseitige Willenserklärung, die nicht im Moment, wo sie abgegeben wird, Wirksamkeit haben soll, kann, da sie jeden Augenblick einseitig und stillschweigend zurückgenommen werden darf, überhaupt nicht als ein bestimmter Ausdruck des Willens betrachtet werden.

Es ist nunmehr die Natur des Erbrechts bis auf Einen Punkt erörtert, und dieser betrifft die Veräußerlichkeit desselben. Für das ältere römische Recht herrscht in dieser Beziehung kein Zweifel: die hereditas legitima konnte der Delat durch in

---

134) Leist, Die Bonorum Possessio, Bd. 2 S. 325 ff. — Hinsichtlich der Repudiation siehe auch l. 6 pr. D. ad. senat. Trebell. (36. 1). Daß der Erbschaftsantritt daher auch z. B. durch Klaganstellung per procuratorem erfolgen kann, unterliegt keinem Zweifel. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 11 Nr. 161.

135) L. 77 D. de R. J. (50. 17). l. 51 § 2 D. de A. v. O. H. (29. 2).

iure cessio auf eine andere Person übertragen, diese also an seiner Stelle zum Delaten machen, die Translation des testamentarischen Erbrechts dagegen war ein nichtiger Act [136]), offenbar weil der Erblasser durch das Testament nur eventuell die Intestaterbfolge ausschließen will [137]). Seine Veräußerlichkeit konnte deshalb nur durch die Berufung eines veräußerlichen Delaten vermittelt werden, also nur dadurch, daß der Testator den Sklaven desjenigen instituirte, dem er die Erbschaft zuwenden wollte [138]). Im Justinianeischen Recht ist nun aber mit der in iure cessio die bisherige Uebertragungsform der hereditas legitima untergegangen, und es entsteht daher die Frage, ob damit zugleich die Uebertragung selbst unmöglich geworden ist. An und für sich wird man den Grundsatz festhalten müssen, daß die Veräußerlichkeit eines Rechtes nur abhängig ist von seiner eigenen Natur, nicht von der Fortdauer einer bestimmten Veräußerungsform. Wenn aus diesem Grunde bei andern res incorporales, wo ur-

136) Gaius II. 34—36. III. 85. 86. Ulp. fragm. XIX. 12—15.

137) Der Ansicht von Leist a. a. O. Bd. 1 S. 112, nach welcher im alten Recht bei Repudiation des testamentarischen Erben eine successive Delation an den heres legitimus nicht Statt gefunden haben soll, scheint der Umstand entgegenzustehen, daß nach dem Wegfall der tutela testamentaria die tutela legitima eintritt, weil Tutel und Erbrecht hinsichtlich der Delation einander völlig gleichstehen. l. 11 § 1. 2 D. de test. tut. (26. 2). Gaius I. 165. l. 73 pr. D. de R. J. (50. 17). Quo tutela redit, eo hereditas pervenit, nisi quum feminae heredes intercedunt. Vgl. auch v. Scheurl a a. O. S. 96.

138) Gaius II. 189. Ulp. fragm. XXII. 13. Vgl. meine Erbsch. S. 93 Note 7. Gleichzeitig mit mir hat auch Ihering in diesen Jahrbüchern Bd. 1 S. 49 Note 20 darauf hingewiesen, daß den Römern die Einsetzung der Sklaven an Stelle ihres Herrn als ein Mittel diente, das testamentarische Erbrecht übertragbar zu machen.

sprünglich auch nur die in iure cessio zulässig war, später der bloße Vertrag die Form der Rechtsübertragung geworden ist [139]), so kann man jedenfalls aus dem bloßen Wegfall der in iure cessio nicht ohne Weiteres die Unveräußerlichkeit des gesetzlichen Erbrechts im Justinianeischen Recht folgern. Man hat dies denn auch heute nur unter der Behauptung gethan, daß das Erbrecht, als ein unvererbliches, auch ein seiner Natur nach unveräußerliches Recht sei, und daß demgemäß seine Veräußerung im vorjustinianeischen Recht, als eine anomale, nur kraft des imperium magistratus habe bewerkstelligt werden können [140]). Allein es läßt sich einerseits aus der Unvererblichkeit eines Rechts kein Schluß auf seine Unveräußerlichkeit machen, und es ist andererseits unmöglich, daß die Veräußerung eines Rechtes, welches das ius civile als ein seiner Natur nach unveräußerliches betrachtete, demungeachtet durch das imperium magistratus auch eine iure civili gültige wurde, wie es bei der hereditas legitima der Fall war, da ihre Uebertragung in einer Form des ius civile erfolgte. Das Erbrecht zählt, wie wir gesehen haben, seiner Natur nach zu den Familienrechten, und, wie deren Wesen im Allgemeinen, so widerspricht deshalb auch dem seinigen insbesondere die Translation auf andere Personen nicht. Alle römischen Familiengewalten waren neben ihrer Unvererblichkeit bekanntlich übertragbar [141]), und auch die Tutel, die ursprünglich, wie das Erbrecht, nur ein Ausfluß der auf jenen Ge-

---

139) Vgl. Gaius II. 28—32.

140) Vgl. z. B. Mühlenbruch in Glück's Comment. Bd. 43 S. 144 Note 65. Sintenis, Das prakt. gem. Civilr. Bd. 3 § 204 Note 1 und 9. v. Scheurl a. a. O. S. 100.

141) Vgl. v. Savigny, System Bd. 3 S. 12 ff. Mühlenbruch, Cession S. 3 Note 5.

walten beruhenden Familienbande, und gleichfalls unvererblich ist, konnte wenigstens da, wo sie lege über Frauen zustand, in iure cedirt werden [142]). Dies beweist, daß durch den familienrechtlichen Charakter der Tutel ihre Veräußerlichkeit nicht ausgeschlossen wurde, und daß es daher jenem nicht zugeschrieben werden darf, wenn der tutela mulierum fiduciaria, sowie der tutela testamentaria und impuberum die Veräußerlichkeit fehlte. Dies hatte vielmehr Gründe, die zu der juristischen Natur der Tutel in keiner Beziehung stehen: die tutela testamentaria war unveräußerlich, weil dies, wie bei der hereditas testamentaria, dem Willen des Testators entsprach, bei der Pupillentutel dagegen und bei der tutela mulierum fiduciaria entschied die Erwägung, daß es sich dort um eine Familienpflicht von kurzer Dauer, hier um eine freiwillig übernommene handle, der deshalb Jeder passend selbst nachzukommen habe [143]). Solche Gründe standen der Veräußerlichkeit der gesetzlichen Frauentutel nicht entgegen, da hier der Tutor durch Rechtsvorschrift und auf die ganze Lebenszeit der Frau berufen wurde, also ein langjähriges onus auf sich zu nehmen hatte. Hier fand deshalb, weil in der Natur der Tutel überhaupt kein Hinderniß lag, die Uebertragbarkeit derselben Statt. Wenn wir hiernach auf dem ganzen Gebiete des Familienrechts den Grundsatz anerkannt finden, daß in Familienverhältnissen begründete Rechte, selbst da, wo sich Pflichten mit ihnen verknüpfen, auf andere Personen transferirt werden können, so ergiebt sich daraus, daß

---

142) Gaius I. 168.

143) Gaius I. 168 ... pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non videtur annosa, cum tempore pubertatis finiatur. 172. sed fiduciarios quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint....

auch die Veräußerlichkeit des gesetzlichen Erbrechts, als seiner Natur widerstreitend, nicht betrachtet werden darf. Hierin kann nun auch im Justinianeischen Recht eine Aenderung nicht eingetreten sein, wenn sich in demselben nicht das Wesen des gesetzlichen Erbrechts umgebildet hat. Die Tutel hat eine solche Umwandlung erfahren: sie ist aus einer reinen Familiensache ein munus publicum geworden. Deshalb hätte auch bei einer Fortdauer der tutela mulierum im Justinianeischen Recht von ihrer Uebertragbarkeit nicht mehr die Rede sein können. Das gesetzliche Erbrecht ist aber nach wie vor eine Folge des Familienbandes geblieben. Die rechtliche Gestalt der Familie hat sich zwar im Justinianeischen Recht verändert, damit hat aber die hereditas legitima doch nur andere Subjecte, als bisher, nicht auch eine andere Natur erhalten können.

Hiernach müßte man sich also, wie es scheint, im Widerspruch mit der herrschenden Ansicht, für die heutige Veräußerlichkeit des gesetzlichen Erbrechts entscheiden [144]), da man gegen dieselbe natürlich auch den Umstand nicht geltend machen kann, daß der Erblasser heute die Veräußerlichkeit des testamentarischen Erbrechts auf keine Weise mehr herzustellen vermöge: denn diese Ungleichheit zwischen dem heutigen und römischen Rechte würde ihren Grund in dem Wegfalle des Sclavenrechts haben, und deshalb hier so wenig, wie in anderen Materien, Zweifel über die Geltung von Rechtssätzen, die demselben nicht angehören, rechtfertigen können. Allein die Sache verhält sich dennoch in der That anders, weil hier noch ein weiterer wesentlicher Punkt in Betracht kommt. Die Römer sehen nämlich in der Uebertragung von Familienrechten,

---

144) Für dieselbe erklärt sich, so viel ich weiß, nur Puchta, Pand. § 503 und Rudorff ebenda Note c, denen ich selbst früher folgte; vgl. meine Erbschaft S. 94.

wie dies noch im Justinianeischen Recht die Adoption bestätigt, eine privatrechtliche Handlung, die zugleich ein öffentliches Interesse hat, und fordern deshalb für dieselbe die Beobachtung einer bestimmten Form. Die Adoption, indem sie die Familienstellung des Adoptivkindes ändert, übt sowohl auf seine gegenwärtigen Vermögensverhältnisse, wie auf seine Erbansprüche anderen Personen gegenüber, einen wesentlichen Einfluß. Sie ist deshalb durch die bei ihr vorgeschriebene Mitwirkung der Obrigkeit oder des Regenten ein unter öffentlichen Schutz gestellter Act. Wenn nun nicht blos das Erbrecht die Natur der Familienrechte theilt, sondern es auch, wie auf der Hand liegt, für die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer, sowie für die eventuell berufenen Erben von höchstem Interesse ist, über die Person des Delaten in Gewißheit zu sein und zu bleiben, so wird man zu dem Schlusse gelangen müssen, daß es nach den Principien des römischen Rechts unmöglich war, eine deferirte Erbschaft anders als unter öffentlicher Autorität zum Gegenstande der Veräußerung zu machen. Von diesem Gesichtspunkt aus erhält dann allerdings der Untergang der in iure cessio Bedeutung. Denn sollte demungeachtet das gesetzliche Erbrecht veräußerlich bleiben, so mußte dafür nothwendig eine andere öffentliche Uebertragungsform eingeführt werden. Dies ist nun aber im Justinianeischen Recht nicht geschehen. Wo sonst bei Familienrechten die in iure cessio zur Anwendung kam, sind ihr anderweitige öffentliche Acte substituirt, bei der hereditas delata ist aber ihre Stelle ohne Ersatz geblieben. In den Institutionen Justinian's wird, obwohl ihnen doch vorzugsweise der **Gaius** zu Grunde lag, der Uebertragbarkeit derselben überhaupt nicht mehr gedacht, die einzige Digestenstelle aber, in der dies geschieht[145]),

145) L. 4 § 28 D. de doli except. (44. 4). — Die c. 1 C. de

spricht noch von der Uebertragungsform des alten Rechts und zwar so incidenter, daß sich daraus ihre Aufnahme in die Justinianeische Gesetzgebung erklärt.

Es ist demnach heute das gesetzliche Erbrecht ein unveräußerliches Recht, weil seine Natur, wenn gleich nicht die Uebertragung überhaupt, doch die Uebertragung durch formlosen Vertrag ausschließt, ein öffentlicher Uebertragungsact aber dafür im Justinianeischen Recht nicht existirt. Demgemäß muß jedes darüber abgeschlossene Veräußerungsgeschäft nothwendig nichtig sein. Wenn manche Juristen dasselbe so behandeln wollen, als wäre die acquirirte Erbschaft der Gegenstand desselben [146]), so übersehen sie dabei, daß die Conversion eines ungültigen Geschäfts in ein gültiges zur nothwendigen Voraussetzung hat, daß sie dem Willen der Parteien entspricht. Dies wird man aber nicht annehmen können, wenn der Delat sich nicht besonders verpflichtet hat, selbst die Erbschaft anzutreten, und sie dann zu restituiren: denn wer die Delation veräußert, der zeigt eben dadurch, daß er selbst nicht Erbe werden will [147]).

Die Wirkungen, welche die Ausübung des Erbrechts hat, liegen außerhalb der Grenzen dieser Abhandlung. Nur einer vermeintlichen Wirkung des Antritts soll hier in der Kürze Erwähnung geschehen, weil diese nach der herrschenden Ansicht dem Erwerb der Erbschaft und der vermachten Rechte gemeinsam zugeschrieben wird. Es ist dies die sog. rückwirkende Kraft des Erbschaftsantritts, vermöge welcher der Erbe,

---

revoc. his, quae in fraud. cred. (7. 75) (Note 18), auf welche sich Rudorff a. a. O. noch beruft, bezieht sich nur auf Veräußerungen nach dem Erbschaftsantritt. Eine Beziehung auf die Veräußerung der Delation hat dagegen noch die Stelle in der Note 147.

146) Vgl. z. B. Göschen, Vorles. Bd. 3 S. 430.

147) L. 6 D. de R. J. (50. 17). Non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem. — Vgl. auch Puchta, Pand. § 503 Note d.

wie spät er auch antreten mag, so betrachtet werden soll, als sei er Erbe seit dem Todesmoment des Erblassers [148]). Die Bedeutung der Stellen, auf welche man dieselbe stützt, ist von mir bereits an einem andern Orte ausführlich erörtert worden [149]), und ich kann mich deshalb hier auf die Angabe des dort gewonnenen Resultates beschränken. Wenn die römischen Juristen den Satz aufstellen: qui postea heres extitit, videtur ex mortis tempore defuncto successisse, so wollen sie damit nichts Anderes sagen, als daß der Nachlaß an den Erben stets mit allen Erwerbungen gelangt, welche demselben seit dem Tode des Erblassers in der Zeit der hereditas iacens zugegangen sind, so daß also z. B. wegen eines damnum iniuria datum, oder eines opus vi aut clam factum in dieser Zeit dem Erben die actio legis Aquiliae und das Interdict nicht um deswillen abgesprochen werden darf, weil er damals noch nicht der Dominus der beschädigten Erbschaftssache war [150]). Da diese Klagen der Erbschaft acquirirt werden [151]), und deshalb mit dieser auf den Erben übergehen müssen, wie die noch vom defunctus selbst erworbenen Rechte, so muß sich nothwendig die Sache in dieser Beziehung gerade so gestalten, wie wenn der Erbe schon zur Todeszeit des Erblassers angetreten, und in Folge dessen jene Rechte unmittelbar selbst erworben hätte. Hierauf beschränkt sich die Bedeutung jenes Satzes. Niemals haben die römischen Juristen ihm den Sinn beigelegt, der Erbe sei schon für die Zeit der hereditas iacens als das Subject der Erbschaftsrechte zu betrachten.

---

148) L. 54 D. de A. v. O. H. (29. 2). l. 138 pr. l. 193 D. de R. J. (50. 17). l. 28 § 4 D. de stip. serv. (45. 3).

149) Vgl. meine Erbschaft. S. 123 ff.

150) Vgl. l. 43 D. ad leg. Aquil. (9. 2). l. 13 § 5 D. quod vi aut clam (43. 24).

151) Vgl. l. 13 § 2. l. 15 pr. D. ad leg. Aquil. (9. 2).

Es genügt auf einige wenige Entscheidungen in den Quellen hinzuweisen, um dies unzweifelhaft zu machen. Wer negotia hereditaria gerirt, obligirt dadurch die Erbschaft nicht blos bis zum Betrage der Bereicherung, obwohl demnächst ein Pupill die Erbschaft antritt [152]). Wer als heres ex parte eine Erbschaftsschuld ganz tilgt, verliert die condictio indebiti, wenn ihm demnächst durch Accrescenz die Erbschaft ganz zufällt, nicht ipso iure, sondern nur per exceptionem doli [153]). Und der Erbschaftssclave, der auf den Namen des heres futurus stipulirt, nihil agit, quia stipulationis tempore heres dominus eius non fuit [154]). Diese Beispiele ließen sich leicht noch vermehren, sie reichen aber vollkommen aus, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß das römische Recht den Antritt nicht auf den Todesmoment des Erblassers zurückdatirt, sondern den Erben erst ex die aditae hereditatis als Subject der Erbschaftsrechte betrachtet [155]).

Fassen wir nun das Gesammtergebniß, zu welchem wir gelangt sind, noch einmal in der Kürze zusammen, so erweist sich das Erbrecht als ein Recht, welches, obwohl es das Vermögen des Erblassers zum Gegenstande hat, doch kein Vermögens-, sondern ein Familienrecht ist, insofern es grundsätzlich zu seiner Entstehung die Möglichkeit eines Familienverhältnisses zum Erblasser voraussetzt, beim Tode des Delaten nicht dessen Nachlaß, sondern den nun nächsten Familiengliedern des Erblassers folgt, und seinem Inhalt nach die bloße

152) L. 21 § 1 D. de neg. gest. (3. 5). Vgl. l. 3 pr. l. 12 § 2. l. 37 pr. l. 45 § 2 D. eod.

153) L. 25 D. de solut. (46. 3).

154) L. 16 D. de stip. serv. (45. 3). l. 27 § ult. D. de pact. (2. 14).

155) L. 8 D. de reb. cred. (12. 1)... quia heredis e x d i e a d i t a e h e r e d i t a t i s videntur numi fuisse.

Fähigkeit zu einem Vermögenserwerbe, nicht einen solchen selbst schon gewährt. Demgemäß entzieht es sich allen Rechten am Vermögen des Delaten, sowie allen auf Vermögensrechte bezüglichen Vorschriften. Die Befugnisse, welche es dem Delaten einräumt, bestehen in der Wahl, die Erbschaft anzutreten, oder zu repudiiren. Seine Ausübung geschieht also in dem einen wie in dem andern Falle durch bloße Willenserklärung. Deshalb ist eine Verletzung des Erbrechts nur durch Bestreitung desselben möglich. Da aber diese ein praktisches Interesse erst dann erhält, wenn damit zugleich der Erwerb der erbschaftlichen Rechte verneint werden soll, so begründet sie die hereditatis petitio auf Anerkennung des Erbrechts erst nach dem Antritt, das ist zu einer Zeit, wo dasselbe als solches durch seine Ausübung bereits untergegangen, und aus einem Rechte die iusta causa für den Erwerb der iura hereditaria, und zwar ex die aditae hereditatis, geworden ist. Beschränkt ist die Ausübung des Erbrechts durch ihre Untheilbarkeit, und nichtig ist sie, wenn sie bedingt oder betagt, und wenn sie im Irrthum oder im nothwendigen Zweifel über die Delation erfolgt, und zwar beim Irrthum, dieser mag sich auf Existenz, Grund, Umfang oder Wirkung der Delation beziehen, beim Zweifel dagegen nur, wenn Existenz oder Umfang der Delation ungewiß ist. Auf die Ausübung durch Antritt oder Repudiation ist die dem Delaten zustehende Disposition über das Erbrecht beschränkt: denn das testamentarische Erbrecht war von jeher unveräußerlich, das gesetzliche ist es nach Justinianeischem und heutigem Recht.

Wir wenden uns jetzt zu dem Recht des Vermächtnisses. Wie der heres extraneus, wenn er pure berufen ist, mit dem Tode des Erblassers das Erbrecht originär und ipso iure erwirbt, so erwirbt der Legatar unter gleicher Voraussetzung

mit diesem Moment, als dem dies cedens, das Recht des Vermächtnisses, und zwar gleichfalls originär und ohne sein Wissen und Wollen [156]). Die Römer bezeichnen dies Recht gewöhnlich ebenso wie die Klage, durch welche es nach dem Eintritt des dies veniens geltend gemacht wird, nämlich durch den Ausdruck petitio legati [157]), in demselben Sinn wie sie das Recht eines prätorischen und selbst eines civilen Delaten petitio bonorum possessionis und petitio hereditatis [158]) nennen. Obwohl nämlich die petitio legati ein Recht am Nachlaß des Verstorbenen ist, so ist doch auch sie kein Vermögensrecht, weil sie in der That, ebenso wie das Erbrecht, nur einen Anspruch auf einen Vermögenserwerb, also dem Vermächtnißnehmer ebenfalls nicht mehr als eine facultas acquirendi giebt [159]), die sich auch hier erst mit der Agnition

---

156) Vgl. l. 77 § 3 D. de legat. (31)... ignorantibus emolumentum ex testamento quaeritur.

157) Namentlich in Stellen, wo es sich um die Transmission des Legats auf die Erben des Legatars handelt, wenn letzterer nach dem dies cedens, aber vor dem dies veniens gestorben ist; hier heißt es petitio ad heredes transit oder transmittitur, womit jedoch der Ausdruck legatum ad heredes transmittere und transferre abwechselt. Vgl. l. 2—4 l. 7 § 3 D. quando dies legat. (36. 2). l. 7 pr. D. eod. Heredis aditio moram legati quidam petitioni facit.... l. 1 § 1. 2. l. 5 § 3 D. de legat. praest. (37. 5). — Die Klage heißt bald petitio legati, l. 33 pr. D. de leg. (31), bald actio ex testamento oder de legato, l. 8 § 8 D. de condit. (28. 7).

158) Paulus, R. S. I. 13 § 10. Petitio hereditatis, cuius defunctus litem erat non contestatus, ad heredem non transmittitur.

159) Dem entsprechend wird die petitio legati ausdrücklich als das dem Legatar vor dem Erwerb des Legats zustehende Recht bezeichnet: c. 3 C. quando dies leg. (6. 53)... petitionem ad heredem transmisit, licet ante decesserit, quam consequeretur legatum vel fideicommissum, und als dasjenige Recht, auf Grund dessen die actio de legato erworben werden kann: c. 6 C. eod.: et posteaquam dies fideicommissi cessit, rebus humanis, licet

realisirt, d. h. erst mit dem Erwerb der legirten obligatorischen oder dinglichen Rechte zu einer vermögensrechtlichen Herrschaft führt. Wie aus diesem Grunde das Recht des Vermächtnisses seinem Inhalt nach dem Erbrecht gleichsteht, so hat es auch den familienrechtlichen Charakter mit demselben gemein. Es ist bekannt, daß nach altem Rechte der Erblasser Niemanden zum Legatar ernennen kann, der nicht auch fähig ist, sein Erbe zu sein [160]). Diesem Grundsatze gemäß setzt also ursprünglich auch die Entstehung des Rechts des Vermächtnisses die Möglichkeit eines Familienverhältnisses zum Testator voraus. Dies hat sich allerdings im Laufe der Zeit geändert. In der freieren Form des Fideicommisses wurden, wenn auch nicht für peregrini, doch für Latini Vermächtnisse zugelassen, und das sog. Familienfideicommiß bezeugt, daß auch beim Tode des Erblassers noch nicht concipirten Personen ein Legat zugewandt werden kann [161]). Obwohl nun damit, da auch juristische Personen regelmäßig erbfähig sind, heute für die Anwendung jenes ursprünglichen Grundsatzes kein Raum mehr ist, so hat doch um deswillen das Recht des Vermächtnisses nicht überhaupt seine familienrechtliche Natur verloren. Diese äußert sich noch in einer andern, auch heute praktischen Richtung, nämlich darin, daß der Legatar den dies legati cedens, also bei bedingten Legaten, den Eintritt der conditio erleben muß, wenn die petitio legati zur Existenz kommen soll [162]). Während bedingte Vermögensrechte als eine spes auf die Er-

---

ignorans fideicommissum, decessit, actionem huiusmodi acquiri potuisse, dissimulare non poteris....

160) Gaius II. 110.

161) Gaius II. 275. 284. — L. 32 § 6 l. 77 § 27 D. de legat. (31). Die Beziehung des Honorirten zum Erblasser wird hier stets durch den Erben vermittelt, und eine noch so lange Ungewißheit über die Realisirung des Vermächtnisses ist ohne Nachtheil für Dritte.

162) L. 5 pr. § 2. 3 D. quando dies legat. (36. 2).

ben des Berechtigten transmittirt werden [163]), geht die spes auf die petitio legati mit dem Tode des Legatars unter, weil die durch sie gewährte familienartige Stellung zum Vermögen des Testators nur der einnehmen kann, dem sie dieser aus Neigung und Liebe zugedacht hat [164]). Damit verträgt es sich sehr wohl, daß das Recht des Vermächtnisses, einmal erworben, auch an die Erben des Legatars gelangt, wenn vererbliche Rechte vermacht sind: denn ein solches Vermächtniß enthält durch diesen Gegenstand die stillschweigende Erklärung des Testators, daß er den Vortheil desselben nicht blos der Person des Legatars zuwenden will, und es kann deshalb, wenn sich aus der Anordnung von Substitutionen nicht das Gegentheil ergiebt, nur als seinem Willen entsprechend betrachtet werden, daß sich die rechtliche Möglichkeit, das Vermächtniß zu erwerben, vererbt, sobald sie nur noch für den Legatar selbst eingetreten ist, ein Umstand, der wiederum das positive Recht auffordern muß, den Zeitpunkt für die Entstehung der petitio legati verschieden festzusetzen, jenachdem vererbliche oder unvererbliche Rechte legirt sind, um dort die Vererbung des Vermächtnisses durch einen früheren Termin zu begünstigen [165]). Ein absolut vererbliches Recht ist aber demungeachtet auch in diesem Fall die petitio legati nicht: auch hier kann sie beim Tode des Legatars, wie sich unten noch näher zeigen wird, untergehen, und statt an seine Erben an die Substituten gelangen, wenn der Legatar die

---

163) § 4 J. de V. O. (3. 15).... Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem ad heredem transmittimus, si, priusquam conditio existat, mors nobis contigerit.

164) L. 42 pr. D. de O. et A. (44. 7). Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc, quum extiterit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet, etiam pendente conditione creditorem esse.

165) L. 2. 3 D. quando dies legat. (36. 2).

Agnition versäumt, oder der Testator durch seine Disposition bekundet hat, daß er die Substituten als ihm näher stehende Personen, wie die Erben des Legatars, angesehen wissen will[166]. Hierin liegt der überzeugendste Beweis, daß sich mit dem Erwerb der petitio legati noch keine Vermögensacquisition verbindet, sondern daß auch sie nur die Delation einer solchen enthält, wie dies seine weitere Bestätigung auch hier wieder darin findet, daß die Gläubiger des Legatars an seiner petitio legati kein Recht haben: wie der insolvente Erbe die Erbschaft, so kann auch der insolvente Legatar das Vermächtniß repudiiren, ohne daß er sich dadurch eine alienatio in fraudem creditorum zu Schulden kommen läßt.

> l. 6 pr. D. quae in fraud. credit. (42. 8) Ulpian.:
> Quod autem, quum possit aliquid quaerere, non id agit, ut acquirat, ad hoc edictum non pertinet; pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur. — § 4. Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum; quod Julianus quoque scribit[167].

Damit steht auch für die petitio legati fest, daß sie sich überhaupt jedem Recht am Vermögen des Legatars entzieht, und daß alle Vorschriften, welche Vermögensrechte betreffen, auch auf sie nicht zur Anwendung kommen können[168].

---

166) L. 3 § 1 D. de adim. vel transfer. legat. (34. 4). l. 25 pr. D. ad senatusc. Trebell. (36. 1). Siehe unten.

167) Vgl. l. 1 § 6 D. si quid in fraud. patroni (38. 5)... si hereditatem libertus non adierit fraudandi patroni causa, vel legatum repulerit, Favianam cessare, quod mihi videtur verum; quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen quum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est.

168) So kann z. B. auch hier ein Ehegatte zu Gunsten des

Insbesondere bedarf also auch der Vormund keines Alienationsdecretes, um ein Vermächtniß seines Mündels zu repudiiren, und wenn der Mündel selbst dazu unfähig ist, so hat dies auch hier seinen Grund darin, daß ihm über alle, nicht blos über seine Vermögensrechte die Disposition entzogen ist [169]).

Wir gelangen also schon jetzt zu folgendem Resultate: der Vermächtnißnehmer hat mit dem dies cedens das Vermächtniß noch nicht in bonis, sondern, wie das Erbrecht, so ist auch das Recht des Vermächtnisses eine bloße facultas acquirendi, und, wie jenes, so ist auch dieses familienrechtlicher Natur. Beim Erbrecht zeigte sich diese auch in der Art und Weise seiner Verletzung, beim Recht des Vermächtnisses ist dies nicht minder der Fall. Da auch seine Ausübung lediglich in einer Willenserklärung besteht, so kann es gleichfalls nicht durch Entziehung der Ausübung, sondern nur durch Bestreitung verletzt werden, die aber auch für den Legatar erst von praktischem Interesse wird, wenn ihm damit zugleich der Erwerb der legirten Recht abgesprochen werden soll, und die deshalb auch für ihn erst, wenn er diese verfolgen will, also nach der Agnition, die Klage auf Anerkennung seines Rechtes begründet.

Daß es einer solchen Agnition zum Erwerb der vermach-

---

andern repudiiren, ohne daß darin eine donatio liegt, und wenn ein Vater dotis constituendae causa ein Vermächtniß ausschlägt, so bestellt er dadurch auch keine dos profectitia; l. 5 § 14 D. de donat. int. vir. et uxor. (24. 1). l. 5 § 5 D. de iure dat. (23. 3). Siehe oben Note 22.

169) L. 5 § 8 D. de reb. eor. qui sub tutel. (27. 9). Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest: esse enim et hanc alienationem, quum res sit pupilli, nemo dubitat. — l. 5 pr. D. de V. S. (50. 16). Rei appellatio latior est, quam pecuniae, quae etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet.

ten Rechte bedarf, oder mit andern Worten, daß auch die petitio legati mit dem dies veniens dem Legatar in derselben Weise, wie das Erbrecht dem Erben, die alternative Befugniß gewährt, zu agnosciren oder zu repudiiren, darüber lassen die Quellen in der That keinen Zweifel übrig. Schon der Begriff der Repudiation schließt die Möglichkeit einer ipso iure erfolgenden Acquisition der legirten Rechte aus. Denn wenn man, wie wir früher gesehen haben, das bereits Erworbene überhaupt nicht mehr, und das noch nicht Erworbene erst dann repudiiren kann, wenn man es auch acquiriren könnte, so würde ein ipso iure eintretender Erwerb die Repudiation nothwendig unmöglich machen müssen [170]). Neben diesem könnte lediglich von einem beneficium abstinendi des Legatars die Rede sein, und demgemäß derselbe nur analog dem heres suus darüber deliberiren, ob er das Legat behalten, oder sich davon lossagen soll [171]), nicht aber, analog dem heres extraneus [172]) darüber, ob er es haben oder repudiiren will [173]). Wenn dem Legatar diese Alternative zusteht, so muß auch die Agnition ein Requisit für den Erwerb der legirten Rechte sein. Als ein solches wird sie denn auch in den nachfolgenden Stellen ausdrücklich anerkannt.

---

170) Vgl. oben Note 30 und 31.

171) Vgl. l. 7 pr. D. iure delib. (28. 8).

172) Vgl. l. 9 § 1 D. quib. ex caus. in poss. (42. 4). l. 2 § 2 D. de bon. poss. sec. tab. (37. 11).

173) L. 15 D. de reb. dub. (34. 5) ... deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit: nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet. — l. 2 D. de manumiss. (40. 1). Von einer Abstinenz kann dabei nur der petitio legati gegenüber die Rede sein; sich der Agnition enthalten, drücken die Quellen durch se abstinere a petitione legati aus. Vgl. z. B. l. 32 § 1 D. de inoff. test. (5. 2).

l. 33 D. de minor. (4. 4) Alburn. Valens.: Si minor viginti quinque annis servum suum, qui pluris est, quam in testamento ei legatum sit, manumittere rogatus fuerit, et legatum acceperit, non cogendum praestare libertatem, si legatum reddere paratus sit; Julianus respondit, ut, quemadmodum maioribus liberum sit, non accipere, si nolint manumittere, sic huic reddenti legatum necessitas manumittendi remittatur.

l. 59 D. de legat. (31) Terentius Clemens: Si mihi pure, servo meo vel pure vel sub conditione eadem res legata est, egoque legatum, quod mihi datum est, repudiem, deinde conditione existente id, quod servo meo legatum est, vellem ad me pertinere, partem legati deficere responsum est, nisi si quis dubitet, an existente conditione, si servus vivat, omnimodo legatum meum fiat, quod semel ad me pertinere voluerim; quod aequius esse videtur.

l. 44 § 1 D. de legat. (30) Ulpianus: Si quis rem sibi legatam ignorans adhuc legaverit, postea cognoverit et voluerit ad se pertinere, legatum valebit.

l. 92 pr. D. de condit. (35. 1) Ulpianus: ...Arbitror tamen extra ordinem debere constitui, eum, qui agnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, cogendum emancipare.

Paulus R. S. III. 6. § 7.
Per vindicationem legatum, etsi nondum constituerit legatarius ad se pertinere, atque

ita post apertas tabulas ante aditam hereditatem decesserit, ad heredem suum transmittit.

Aus den beiden ersten Stellen, deren Verfasser Anhänger der Sabinianer waren, ergiebt sich, daß zu ihrer Zeit bereits die ursprüngliche Ansicht dieser Schule, nach welcher der Erwerb per vindicationem legirter Sachen ipso iure erfolgen sollte, beseitigt, und die Meinung der Proculejaner, welche auch hier die Agnition des Legatars forderten, nach Gaius[174]) auf Grund einer Constitution von Antoninus Pius, recipirt worden war. Die drei letzten Stellen beweisen, daß auch die spätere römische Jurisprudenz hieran festgehalten hat. Wenn man bisher dennoch die Lehre der Sabinianer als die im Justinianeischen Recht adoptirte betrachtet hat, so erklärt sich dies daraus, daß der Grund und die Consequenzen dieser Lehre nicht genügend erwogen worden sind. In Folge dessen hat man die betreffenden Stellen im Sinne der Sabinianer gedeutet, in denen in der That die Ansicht der Proculejaner zur Anwendung gekommen ist. Die weitere Ausführung wird dies nachweisen.

Nach der Form des Vindicationslegats mußten die legirten Rechte direct vom Erblasser an den Legatar gelangen[175]). Damit hielten die Sabinianer die bei allen übrigen Legaten auch nach ihnen erforderliche Agnition[176]) unverträglich. Denn, bis diese eintrat, mußten die vermachten Sachen an den Erben kommen, und deshalb von diesem, statt direct vom Erblasser, auf den Legatar übergehen. Aus diesem Grunde wollten sie hier ausnahmsweise den Erwerb ipso iure erfol-

174) II. 195.

175) Gaius II. 193. — l. 64 D. de furtis (47. 2) ... quia ea, quae legantur, recta via ab eo qui legavit, ad eum cui legata sunt, transeunt.

176) Gaius II. 204.

gen lassen, und dem Legatar nur das Recht vorbehalten, ihn so rückgängig zu machen, als ob er nie eingetreten wäre. Bis er von diesem Recht Gebrauch machte, sollten also nach dieser Theorie alle Verhältnisse ausschließlich aus der Person des Legatars beurtheilt werden (was namentlich für die Erwerbsfähigkeit legirter Sclaven von praktischer Wichtigkeit war), und im Fall der Abstinenz die legirten Sachen nur mit allen Accessionen aus der Zwischenzeit an den Erben gelangen. Die Proculejaner hielten eine solche Abweichung durch die Natur des Vindicationslegats nicht geboten. Denn diese wurde auch dann nicht verletzt, wenn man es beim Erbschaftsantritt einstweilen in suspenso ließ, ob seit demselben der Erbe oder der Legatar das vermachte Eigenthum erworben habe, und dies erst nachträglich darnach entschied, ob der Legatar agnoscirte oder repudiirte. Agnoscirte er, so erhielt er nunmehr das Eigenthum ex die aditae hereditatis, also als ein solches, welches dem Erben niemals zugestanden hatte, und deshalb auch recta via vom Erblasser, wie es das Vindicationslegat forderte; repudiirte er aber, so war der Erbe seit jener Zeit als der Eigenthümer zu betrachten. Bevor aber das Eine oder das Andere geschehen war, ließ sich als solcher weder der Erbe noch der Legatar, also Niemand, mit Bestimmtheit bezeichnen [177]); aus wessen Person die Rechtsverhältnisse in der Zwischenzeit zu beurtheilen seien, das konnte sich daher erst ex postfacto entscheiden [178]). Es war demnach ein wesentlich anderer Gesichtspunkt, von welchem die Proculejaner ausgingen: wie beim nothwendigen Zweifel

177) Gaius II. 195. 200... nullius interim eam rem esse.

178) Natürlich gehören demungeachtet die legirten Sachen in der Zwischenzeit zur Erbschaft, so daß dem Erben auch ihretwegen die rei vindicatio und actio familiae herciscundae zusteht: l. 66 D. de R. V. (6. 1). l. 12 § 2 D. fam. herc. (10. 2).

über das Erbrecht, wollten sie auch bei dieser res dubia von der Rückziehung Anwendung machen[179]). Wenn wir nun diesen Gesichtspunkt auch schon von den Sabinianern Julianus und Pomponius als den maßgebenden bezeichnet, und mit ihnen auch hier wieder die späteren Juristen in Uebereinstimmung finden, so ergiebt sich daraus zur Evidenz, daß die ursprüngliche Ansicht der Sabinianer von der eigenen Schule aufgegeben, und später von Niemandem mehr vertheidigt wurde, wie es einer kaiserlichen Constitution gegenüber nicht anders sein konnte. Diese machte hier dem Streite durch Adoption der proculejanischen Ansicht ein Ende, während der principiell gleiche Kampf auf dem Gebiete des Erbrechts lediglich durch die Juristen ausgefochten und, wie wir gesehen haben, zu Gunsten der Sabinianer entschieden wurde.

l. 86 § 2 D. de legat. (30) Julianus: Quum servus legatur, et ipsius servi status et omnium, quae personam eius attingunt, in suspenso est; nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur, si non repulerit, ex die aditae hereditatis eius intelligetur. Secundum hanc regulam et de iure eorum, quae per traditionem servus acceperit, aut stipulatus fuerit, deque his, quae legata ei vel donata fuerunt, statuetur, ut vel heredis vel legatarii servus singula gessisse existimetur.

l. 8 D. de reb. credit. (12. 1) Pomponius: Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post-

179) Die Frage, ob diese Rückziehung auch bei bedingten und betagten Vermächtnissen eintrat, kann hier auf sich beruhen. Vgl. darüber Fitting, Der Begriff der Rückziehung § 12. § 26—30 und § 59 und 60.

facto confirmetur, veluti si dem tibi mutuos numos, ut, si conditio aliqua extiterit, tui fiant sisque mihi obligatus. Item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur numi fuisse, ut credita pecunia peti possit. Nam Julianus ait, et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, quum repudiatum sit legatum, aut acquisitum.

l. 15 D. reb. dub. (34. 5) Marcianus: Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur et apparet, quid actum est. Ut ecce si res legata fuerit, et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit: nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet. Tantundem est, et si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres: nam si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit, si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur.

l. 30 D. de legat. (31) Papinianus: Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis rei singulas; quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit, et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis.

l. 44 § 1 D. de legat. (30) Ulpianus: ...ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est, si vero

repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis.

In allen diesen Stellen wird der Erwerb des vermachten Eigenthums von einem postfactum Seitens des Legatars abhängig gemacht, welches, wie die l. 15 cit. D. de reb. dub. zeigt, bald durch den positiven Ausdruck si voluerit habere legatum, bald durch den negativen si non repudiaverit bezeichnet wird, weil dieser in der That das Erforderniß der Agnition ebenso deutlich ausspricht, wie der erste: denn es liegt auf der Hand, daß die bloße Unterlassung der Repudiation den bisher pendenten Zustand nur verlängern, aber nicht zur Entscheidung bringen könnte.

Einen schlagenden Beweis, daß schon die späteren Sabinianer nur noch die Ansicht des Proculus zur Anwendung brachten, enthält auch noch folgende Stelle.

l. 38 § 1 D. de legat. (30) Pomponius: Si legatum nobis relictum constituerimus, nolle ad nos pertinere, pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit; et ideo dicimus, nec confusas servitutes, si forte praedium mihi legatum praedio meo debuerit servitutes; et integra furti actio manebit, si servus legatus sit ei, cuius nomine furti agere poterit legatarius.

Wäre Pomponius hier von der Ansicht ausgegangen, daß mit dem dies veniens das Eigenthum des legirten Grundstücks oder Sclaven ipso iure auf den Legatar übergegangen sei, so hätten die Servituten und die actio furti nothwendig untergehen müssen, und nach geschehener Repudiation hätte nur von einer Restitution dieser Rechte die Rede sein können [180]. Zu seinem Ausspruche, es sei überhaupt keine

180) Gerade so wie wenn beim Damnationslegat der onerirte Erbe derartige Rechte durch Confusio verloren hatte: l. 70 pr. l. 116 § 4 D. de legat. (30).

confusio hinsichtlich der Servituten erfolgt, und dem Legatar sei seine actio furti unversehrt verblieben, konnte er nur gelangen, wenn er mit den Proculejanern annahm, daß über das Subject der legirten Eigenthumsrechte seit dem Erbschaftsantritt erst mit der Agnition oder Repudiation des Legatars die Entscheidung eintrete. — Damit stimmt nun aber freilich folgende Stelle von Pomponius nicht überein.

l. 19 § 1 D. quemadm. serv. am. (8. 6) Pomp. lib. 32 ad Sab.

Si per fundum meum viam tibi legavero, et adita mea hereditate per constitutum tempus ad amittendam servitutem ignoraveris, eam tibi legatam esse, amittes viam non utendo; quodsi intra idem tempus, antequam rescires, tibi legatam servitutem, tuum fundum vendideris, ad emtorem via pertinebit, si reliquo tempore ea usus fuerit, quia scilicet tua esse coeperat, ut iam nec ius repudiandi legatum tibi possit contingere, quum ad te fundus non pertineat.

Hier in den Büchern des Pomponius zum Sabinus ist die Ansicht der Sabinianer zur Anwendung gebracht. Ein solcher Widerspruch kann aber bei einem Juristen nicht auffallen, der, als ein Zeitgenosse des Gaius, vor wie nach der Entscheidung der Controverse lebte, und daher bis diese eintrat, der Ansicht seiner Schule folgte. Die Uebereinstimmung, in welcher sich Pomponius sonst nach den obigen Stellen mit seinen Zeitgenossen, namentlich auch mit Julianus, und mit den späteren Juristen befindet, beweist, daß die l. 19 § 1 cit., wenn sie nicht vielleicht blos die Ansicht des Sabinus enthält, aus einer Zeit stammen muß, wo sich die Meinungen der beiden Schulen noch als gleichberechtigte gegenüberstanden, und daß sie daher nur durch ein Ver-

sehen der Compilatoren in die Justinianeische Gesetzgebung neben Stellen aufgenommen worden ist, welche die Reception des Princips der Proculejaner in der evidentesten Weise bestätigen. Es sind zwar deren schon zur Genüge angeführt worden, um indessen jeden noch etwa möglichen Zweifel abzuschneiden, mag hier noch ein Zeugniß von Julianus für den Sieg seiner Gegner Platz finden, und eine Stelle von Marcellus, in welcher diesem gemäß auch zu seiner Zeit der Erwerb per vindicationem legirter Rechte von der Agnition abhängig gemacht wird.

> l. 13 D. de condit. inst. (28. 7) Julianus: Ei, qui ita hereditatem vel legatum accepit, si decem dederit, neque hereditas neque legatum aliter acquiri potest, quam si post impletam conditionem id egerit scriptus heres vel legatarius, per quod hereditas aut legatum acquiri solet.
>
> l. 3 D. de servit. leg. (33. 3) Marcellus: Si fundum Maevio, et ad eum viam per alium fundum, et eundem fundum sine via Titio legasset, si uterque fundum vindicasset, sine via legato fundum cessurum, quia neque acquiri per partem servitus possit. Et si prius Maevius fundum vindicaret, altero deliberante, posse dubitari, an, si postea Titius omisisset, viae legatum salvum esset. Et hoc magis videbatur.

Diese Stellen bedürfen keines weiteren Commentars. Deutlicher, wie es hier von Julianus geschieht, kann der ipso iure eintretende Erwerb der legirten Rechte nicht in Abrede gestellt, und entschiedener als von Marcellus das Erforderniß der Agnition nicht anerkannt werden. Und so ist es auch im Justinianeischen Recht geblieben.

c. 7 § 9 C. de curat. fur. v. prod. (5. 70) Justinian.

Legatis autem procul dubio et fideicommissis ceterisque acquisitionibus furioso acquirendis, et substantiae eius aggregandis; sin autem ipse resipuerit, et ea admittere noluerit, et aperte haec respuerit, vel heres eius hoc fecerit, a substantia eius illico separandis, quasi nec fuerint ab initio ad eum devoluta, et per legitimum tramitem ambulantibus, substantiam furiosi neque praegravantibus neque adiuvantibus.

Während die einem furiosus angefallene Erbschaft, falls er im furor verstirbt, an die nun nächsten Erben seines Erblassers gelangt, muß das ipso iure erworbene Recht des Vermächtnisses, da es vererblich ist, beim Vermögen des furiosus bleiben; ist er aber noch vor seinem Tode sanae mentis geworden und zu dem Entschluß gelangt, die legirten Rechte nicht haben zu wollen (et ea admittere noluerit), oder hat sein Erbe diese Erklärung abgegeben, so trennt sich das Recht des Vermächtnisses von seinem Vermögen, als ob die Delation niemals Statt gefunden hätte: quasi nec fuerint ab initio ad eum devoluta. Ueberall wird in den Quellen der Ausdruck devolvere identisch mit deferre gebraucht [181]): hereditas oder tutela devoluta heißt eine deferirte Erbschaft oder Vormundschaft, wie sich aus dem Gegensatz hereditates devolütae non agnitae [182]) ergiebt. Justinian spricht also auch nur von einer Vererbung des dem furiosus deferirten Vermächtnisses, oder, was dasselbe ist, von der Vererbung der petitio legati, aus welcher allein das Recht der Repudiation

181) Vgl. Dirksen, Manuale s. v. devolvere.
182) c. 18 § 3 C. de iure delib. (6. 30).

zusteht, während ein acquirirtes Vermächtniß nicht mehr repudiirt werden kann[183]. Wie das Erbrecht, wo es ausnahmsweise an den heres des Delaten gelangt, wird demnach auch die petitio legati bei ihrer Transmission auf den Erben des Legatars nur äußerlich ein Bestandtheil seines hinterlassenen Vermögens, um zwar zugleich mit diesem, aber nichtsdestoweniger in unveränderter Beschaffenheit an den Erben zu gelangen, als eine bloße facultas acquirendi, aus welcher eben deshalb auch der Erbe noch die legirten Rechte nach seiner Wahl agnosciren oder repudiiren kann. Repudiirt er überhaupt die Erbschaft, zu welcher die petitio legati gehört, so gelangt mit jener natürlich auch diese an den nun berufenen Erben, wird aber der Concurs über den Nachlaß eröffnet, so geht die petitio legati unter, und das Vermächtniß bleibt beim Onerirten: denn die Gläubiger haben nur einen Anspruch auf die bona, zu denen jenes Recht nicht gehört.

Die bisherige Erörterung involvirt ein doppeltes Ergebniß. Das Recht des Vermächtnisses gewährt dem Vermächtnißnehmer dieselbe alternative Befugniß, wie das Erbrecht dem Erben, und, wie von diesem, so wird auch von jenem erst durch die Agnition ein Vermögenserwerb gemacht. Und ferner, wie auf den Erben die iura hereditaria, so gehen auch auf den Vermächtnißnehmer die legirten Rechte ex die aditae hereditatis über, und zwar auf diesen unabhängig von dem Zeitpunkt seiner Agnition: si legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transit, nunquam factum heredis[184]. Bei ihm tritt deshalb eine Rückziehung ein, von der beim Erben, soweit es sich nicht um

183) Vgl. l. 34 § 2 D. de legat. (31).
184) L. 80 D. de legat. (31).

repudiirte legirte Rechte handelt, keine Rede ist: ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est, si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis [185]). Die Voraussetzung für eine solche Rückziehung ist, daß den Gegenstand des Vermächtnisses Rechte bilden, welche bereits zum Nachlaß des Testators gehören, oder iura in re, welche er an seinen eigenen Sachen testamento bestellt hat [186]). Wo Summen oder fremde Sachen vermacht sind, kann sie nicht zur Anwendung kommen; Eigenthum und iura in re gelangen hier erst vom Momente ihrer Uebertragung und Bestellung an den Legatar [187]). Die Wirkungen, welche für den Legatar die Rückziehung hat, bestehen in den Consequenzen, welche sich daraus ergeben, daß er, nicht der Erbe, von der aditio hereditatis an als das Subject der legirten Rechte gilt. Es ist deshalb zunächst jede confusio in Bezug auf sie als Folge des Antritts ausgeschlossen [188]), und jede dem Vermächtniß widersprechende Disposition des Erben in der Zwischenzeit nichtig [189]);

185) L. 44 § 1 D. de legat. (30).

186) Auch das legirte Pfandrecht an Sachen des Erblassers kommt also erst ex die aditae hereditatis zur Existenz. Vgl. darüber jetzt Dernburg, Das Pfandrecht Bd. 1 § 34.

187) Mit Recht nimmt Dernburg a. a. O. dies auch für Sachen der Erben an. Auch an ihnen kann der Testator nicht direct dingliche Rechte legiren. Neben der c. 9 C. de testam. manum. (7. 2), auf welche sich Dernburg bezieht, bestätigen dies die l. 112 § 1 D. de legat. (30) und § 16 J. de legat. (2. 20), Stellen, aus welchen sich die Bedeutung der l. 20 D. qui et. a quib. manum. (40. 9) ergiebt. Eine actio in rem kann also dem Vermächtnißnehmer nur zustehen, wenn der Testator eigene Sachen legirt hat, und daran hat auch die c. 1 C. comm. de leg. (6. 43) von Justinian Nichts geändert. Vgl. v. Vangerow, Lehrb. d. Pand. § 531.

188) L. 38 § 1 D. de legat. (30).

189) L. 8 D. de reb. credit. (12. 1). l. 15 D. de reb. dub. (34. 5).

und es ist ferner jedes die vermachten Rechte betreffende Rechtsverhältniß, z. B. eine etwaige negotiorum gestio, aus der Person des Legatars zu beurtheilen, und jede durch ihre Verletzung erzeugte Klage, sowie jede anderweitige Accession dem Legatar, nicht dem Erben, erworben [190]). Dies erleidet nur eine Modification hinsichtlich der Früchte und Zinsen. Diese kann der Legatar stets erst von dem Moment fordern, wo der Onerirte in mora ist; bis dahin fallen sie diesem zu, wenn sie nicht ausdrücklich mit vermacht sind [191]). Ueber den Zeitpunkt des Erbschaftsantritts hinaus erstreckt sich die Rückziehung nicht, oder mit andern Worten, die Thatsache, daß die legirten Rechte bis zum Antritte des Erben zur Erbschaft gehörten, wird in ihren Folgen durch die Agnition des Legatars niemals aufgehoben. Alle sie betreffenden Rechtsverhältnisse aus dieser Zeit werden daher ex persona defuncti beurtheilt, und alle Klagen, welche durch ihre Verletzung entstehen, so wie alle sonstigen Accessionen vermehren die Erbschaft.

l. 15 pr. ad leg. Aquil. (9. 2) Ulpianus: Huic scripturae consequens est dicere, ut, si ante aditam hereditatem occidatur legatus servus, apud heredem remaneat Aquiliae actio per hereditatem acquisita. Quodsi vulneratus sit ante aditam hereditatem in hereditate quidem actio remansit, sed cedere eam legatario heredem oportet.

l. 7 § 5 D. de dolo malo (4. 3) Ulpianus: Item si servum legatum heres ante aditam heredita-

190) L. 86 § 2 D. de legat. (30). l. 13 § 3 D. ad leg. Aquil. (9. 2). l. 16 D. de legat. (32).

191) L. 23 D. de legat. (30). l. 3 pr. D. de usuris (22. 1). c. 1. 4 C. de usuris et fructib. legator. (6. 47). — l. 3 § 3 D. de usuris (22. 1). l. 43 § 2 D. de legat. (31). l. 26 D. de legat. (32).

tem occiderit, quoniam prius, quam factus sit legatarii, interemtus est, cessat legis Aquiliae actio; de dolo autem actio, quocunque tempore eum occiderit, cessat, quia ex testamento actio competit.

l. 38 D. de legat. (31) Javolenus:
Quod servus legatus ante aditam hereditatem acquisiit, hereditati acquirit.

Die Rückziehung erfolgt in Verbindung mit einem durch die bloße Agnition bewirkten Erwerb der legirten Rechte selbst, so daß dem Legatar Zwecks leichterer Verfolgung des Vermächtnisses [192]) ohne Weiteres auch die Klagen aus diesen Rechten zustehen neben seiner persönlichen actio ex testamento oder legatorum gegen den onerirten Erben, welche durch das Vermächtniß an und für sich, und zwar auf folgende Weise begründet wird. Mit dem dies cedens entsteht in dem Nachlaß eine Schuld auf den vermachten Gegenstand, und gleichzeitig mit ihr für den Legatar in der petitio legati das Recht, durch Agnition der Gläubiger für diese Schuld ex die aditae hereditatis zu werden. Deshalb heißt es in der l. 40 D. de O. et A. (44. 7): Hereditariarum actionum loco habentur legata, quamvis ab herede coeperint. Das Vermächtniß ist eine mit dem Tode des Testators entstehende Erbschaftsschuld, und deshalb auch die Forderung darauf, weil sie ihren Gegenstand im Nachlaß hat, eine actio hereditaria, obwohl sie nicht schon gleichzeitig mit jener Schuld existirt, sondern ihr Dasein erst vom Antritt des Erben datirt, wenn nach demselben die Agnition erfolgt ist. Bis zur Agnition succedirt der onerirte Erbe in eine Schuld, für die es noch an der ihr entsprechenden Forderung und an ei-

192) L. 76 § 8 D. de legat. (31).

nem Gläubiger fehlt, mit ihr entstehen beide, und es wird daher jetzt der Erbe dem Legatar quasi ex contractu obligirt.

Um alle diese Wirkungen durch die Agnition hervorrufen zu können, muß der Legatar in der petitio legati bereits das Recht erworben haben, welches ihm die Befugniß zur Agnition und Repudiation giebt. Durch sie erfolgt, wie die Ausübung des Erbrechts, auch die Ausübung des Rechts des Vermächtnisses. Wo es an diesem Recht noch fehlt, ist daher Agnition oder Repudiation des Vermächtnißnehmers nothwendig ein nichtiger Act, insbesondere also bei bedingten Vermächtnissen, so lange die conditio noch nicht erfüllt ist. Indessen ist auch hier die Nichtexistenz der petitio legati nicht das einzige Hinderniß einer wirksamen Agnition oder Repudiation. Wo der Legatar dies Recht zwar mit dem dies cedens erworben hat, kann er sich desselben doch nicht früher bedienen, als bis auch der dies veniens eingetreten ist. Da jedes Vermächtniß die stillschweigende Bedingung si heres erit enthält, so ist seiner Natur nach der früheste Termin für seine Ausübung der Antritt des onerirten Erben [193]). Zu dessen Gunsten kann aber der Testator durch besondere Anordnung den dies veniens auch noch weiter hinausschieben, und, wo dies geschehen ist, wird dann auch mit ihm erst, wie die Agnition, die Repudiation möglich. Der Grundsatz, daß man nur gültig repudiiren kann, wo man auch gültig agnosciren könnte, gilt gleichmäßig für das Recht des Vermächtnisses, wie für das Erbrecht [194]). Es existirt nur für seine Anwen-

---

193) L. 7 pr. D. quando dies legator. (36. 2).

194) L. 45 § 1 D. de legat. (31). Si sub conditione vel ex die certa nobis legatum sit, ante conditionem vel diem certum repudiare non possumus: nam nec pertinet ad nos antequam dies veniat, vel conditio existat. — Es ist daher ein Irrthum, wenn es in Seuffert's Archiv Bd. 7 Nr. 339 S. 410 heißt: „Sobald aber das

dung beim Vermächtniß Ein Fall mehr, insofern beim Erbrecht der Gegensatz von dies cedens und dies veniens nicht vorkommen kann. Seiner Natur nach kann das Erbrecht mit seiner Entstehung auch sofort ausgeübt werden, und der Testator darf daran durch einen der Erbeinsetzung beigefügten dies nichts ändern. Dieser dies gilt pro non scripto [195]), weil den Testator zu einer solchen Nebenbestimmung kein berechtigtes Interesse, sondern nur die Absicht bestimmen kann, auch nach seinem Tode noch die Befriedigung seiner Gläubiger hinauszuschieben.

Abgesehen von diesem Einen Punkte sind die Erfordernisse für die gültige Ausübung des Rechts des Vermächtnisses und des Erbrechts dieselben. Die Agnition und die Repudiation unterliegt auch hier, als eine einseitige auf Entstehung eines neuen, beziehungsweise auf Endigung eines bestehenden Rechts gerichtete Willenserklärung, den allgemeinen Vorschriften über einseitige Rechtsgeschäfte, und muß daher bei absichtlicher oder unabsichtlicher Nichtübereinstimmung zwischen der Erklärung und dem nach dem concreten Recht des Legatars erforderlichen Willen gleichfalls ohne Wirksamkeit bleiben. Handlungen im Irrthum über die Existenz des Vermächtnisses können also auch hier eine stillschweigende Agnition oder Repudiation desselben nicht enthalten, und ebenso muß der Irrthum über die Größe des Vermächtnisses die Gültigkeit der einen wie der andern ausschließen. Ein Irrthum über die causa, der hier überhaupt nur insofern möglich ist, als der letzte Wille, welcher das Vermächtniß anordnet, formell ein Testament, Codicill oder ein sog. Oralfideicommiß sein kann, vermag dagegen

Recht auf das Legat vom Legatar erworben ist (simulac dies legati cessit), steht es ihm frei, das Legat auszuschlagen, in welchem Fall es so angesehen wird, als habe er nie ein Recht daran gehabt."

195) § 9 J. de hered. instit. (2. 14). l. 34 D. eod. (28. 5).

die Agnition oder Repudiation des Legats nicht unwirksam zu machen, weil dabei gerade so, wie wenn sich etwa ein Testamentserbe blos über die Form des Testaments irren sollte, kein Interesse denkbar ist, welches durch den Irrthum verletzt, und für die Entschliessung des Legatars maßgebend werden könnte. Von einem Irrthum über die Wirkung der Delation kann beim Vermächtniß in der Weise, wie wir ihn beim Erbrecht kennen gelernt haben, aus dem Grunde überhaupt keine Rede sein, weil es an dem Gegensatze von freiwilligen und nothwendigen Vermächtnißnehmern fehlt, also bei jedem Vermächtnißnehmer die Delation mit gleicher Wirkung erfolgt. Indessen kommt hier doch der Umstand in Betracht, daß sich nach der heutigen Doctrin mit der Delation sofort die Acquisition des Vermächtnisses verbinden soll, während das römische Recht in der That, wie wir gesehen haben, die Acquisition von der Agnition abhängig macht, oder mit andern Worten, daß die heutige Doctrin nur nothwendige Vermächtnißnehmer kennt, welchen das Recht der Abstinenz zusteht, das römische Recht dagegen nur freiwillige Vermächtnißnehmer, welche ohne Agnition das Vermächtniß nicht acquiriren, und deren Recht zur Agnition bei ihrem Tode, falls ihnen Substituten ernannt sind, wegen versäumter Ausübung untergehen kann. Der hiernach heute mögliche Rechtsirrthum über die Wirkung der Delation wird, so lange er die communis opinio für sich hat, den Erben des Legatars nicht nachtheilig werden dürfen, wenn sie nachzuweisen vermögen, daß ihr Erblasser in Folge desselben die Agnition nicht vorgenommen hat.

Wie der Irrthum, so hindert auch der nothwendige Zweifel über Existenz und Umfang des Vermächtnisses seine Agnition und Repudiation [196]. Die Gründe, welche diesen

196) L. 23 D. de A. v. O. H. (29. 2). In repudianda heredi-

Zweifel auch beim Vermächtniß zu einem wesentlichen machen, sind, wie ohne weitere Ausführung einleuchtet, dieselben, wie beim Erbrecht; jeder andere Zweifel ist auch hier ein unwesentlicher, und zwar der über den Grund der Delation [197]), da für den Legatar kein Interesse existirt, darüber die Gewißheit abzuwarten, in dem Maße, daß die Transmission des Legats an die Erben des Legatars, wo sie sonst nicht eintreten würde, auch um seinetwillen nicht eintreten kann. Dagegen wird ein nothwendiger Zweifel über die Fähigkeit des Legatars zur Agnition, wie er z. B. wegen Ungewißheit über den erfolgten Antritt des onerirten Erben entstehen kann, diese Transmission gerade so bewirken müssen, wie der Zweifel über Existenz und Umfang des Vermächtnisses, d. h. es werden die Erben des Legatars den Substituten ausschließen müssen, wenn der Legatar selbst durch einen solchen Zweifel von der Agnition zurückgehalten ist. Dies ergiebt sich aus Stellen, welche die Frage, ob die Substituten den Vorzug vor den Erben haben oder nicht, davon abhängig machen, ob der Honorirte selbst die Acquisition des Vermächtnisses hätte bewirken können, oder ob er daran gehindert war, weil der onerirte Erbe mit dem Antritt der Erbschaft, oder beim Universalfideicommiß mit Restitution derselben zögerte.

l. 3 § 1 D. de adim. v. transf. leg. (34. 4) Ulpianus:

Si quis Titio legaverit sic: Titio dato, aut si Titius ante decesserit, quam accipiat, Sempronio dato, secundum meram subtilitatem utrique

---

tate vel legato certus esse debet de suo iure is, qui repudiat.

197) Ein solcher nothwendiger Zweifel über den Grund der Delation kann vorkommen bei einem mit der Codicillarclausel errichteten Testament. Vgl. c. 8 pr. § 1. 2 C. de codicill. (6. 36).

obligatum videri heredem, id est et Sempronio et heredi Titii. **Sed si quidem mora Titio ab herede facta est, ad heredes eius legati exactio transmittitur Sempronio repellendo; sin autem nulla mora intercesserit, tunc Sempronius legatum accipit, et non Titii heredes.** Sed si ante diem legati cedentem decesserit Titius, soli Sempronio debetur legatum. § 2. Idem dicendum est, et fideicommissa hereditate puero data, aut, **si ante restitutam decessisset,** matri eius relicta, ut, si puer ante diem legati cedentem decessisset, matri debeatur, **si postea, ad pupilli heredes fideicommissum transmittatur, utpote re ipsa mora subsecuta.**

Diesen Entscheidungen liegt offenbar das allgemeine Princip zu Grunde, daß die Transmission auf die Erben nur dann zu Gunsten der Substituten wegfallen soll, wenn für den Legatar überhaupt kein Umstand existirte, welcher ihn von der Agnition abhalten mußte. Ein solcher existirt nun aber in demselben Maße, wie wenn der onerirte Erbe noch nicht angetreten hat, auch, wenn dies zwar geschehen, aber über Existenz und Umfang des Vermächtnisses gezweifelt werden muß, und ebenso gewiß auch dann, wenn der Vermächtnißnehmer aus irgend einem Grunde, also namentlich wegen Ungewißheit über den Erbschaftsantritt, seine rechtliche Fähigkeit zu agnosciren in Frage stellen muß. Allerdings handelt es sich im letzten Fall nur um eine conditio iuris, so daß die Agnition gültig sein muß, wenn sie nur in der That nach dem Eintritt der conditio erfolgte, allein es wird doch auch hier in der nothwendigen Ungewißheit über diesen Eintritt eine iusta causa für die Unterlassung der Agnition gefunden, und

deshalb trotz derselben das Vermächtniß den Erben und nicht den Substituten des Legatars deferirt werden müssen.

Wir sehen also, daß, wie beim Erbrecht, auch beim Recht des Vermächtnisses der nothwendige Zweifel ein Transmissionsgrund werden kann, insofern er, wo Substituten mit den Erben collidiren, diesen den Vorzug vor jenen giebt. Wo es an einer solchen Collision fehlt, ist er natürlich irrelevant, da sich die petitio legati stets vererbt, wenn der Legatar nur den dies cedens erlebt hat. Will der Erblasser auch in diesem Fall das Vermächtniß nur unter der Voraussetzung hinterlassen haben, daß es der Legatar selbst noch agnoscirt, so muß er es von der Bedingung si volet, d. i. von der Agnition des Legatars, abhängig machen. Bei der Einsetzung eines heres extraneus ist dies eine wirkungslose tacita conditio [198]), das Vermächtniß dagegen macht sie zu einem bedingten, damit jene Absicht des Testators zur Geltung gelangen kann [199]). Soll die Bedingung si volet nicht als eine praktisch ganz bedeutungslose erscheinen, so wird man sie nur von der Agnition verstehen können, so daß ihre Erfüllung einerseits nicht vor dem dies veniens möglich ist, und andererseits nicht blos den Erwerb der petitio legati, sondern der legirten Rechte selbst nach sich zieht. Dadurch unterscheidet sie sich von andern Potestativbedingungen, namentlich auch von denen, die nur den Zweck haben, den Gehorsam des Honorirten gegen den Erblasser zu prüfen. Diese werden bekanntlich, wie einem

---

198) L. 12 D. de condit. (28. 7). l. 69. l. 86 D. de heredib. inst. (28. 5).

199) L. 65 § 1 D. de legat. (30). Illi, si volet, Stichum do, conditionale est legatum, et non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit, quamvis alias, quod sine adjectione, si volet, legatum sit, ad heredem legatarii transmittitur: aliud est enim iuris, si quid tacite continetur, aliud si verbis exprimatur.

Vermächtniß, auch der Erbeinsetzung eines heres extraneus mit suspendirender Wirkung hinzugefügt, ihre Erfüllung bewirkt aber hier, wie dort, nur die Delation[200]), ist daher bei Vermächtnissen auch schon vor dem dies veniens möglich[201]). Die Bedingung der Agnition kann der Testator natürlich auch stillschweigend anordnen, und, wo er dies in Verbindung mit der Ernennung von Substituten gethan hat, müssen diese den Erben des Legatars nicht blos dann vorgehen, wenn dieser die Agnition versäumt hat, sondern auch, wenn er sie nicht vornehmen konnte.

l. 25 pr. D. ad senat. Trebell. (36. 1) Julianus:

Quidam ita testamento scripserat: a te, heres, peto fideique tuae committo, ut, quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, filio meo prima quaque die, aut si prius quid ei acciderit, matri eius des reddas; quaeritur, quum antequam adeatur hereditas, puer decesserit, an fideicommissum matri debeatur. Respondi, si puer, antequam dies fideicommissi cedat, decessisset, fideicommissum translatum esse ad matrem, postea autem quam dies fideicommissi cedit, si decesserit, ad heredem pueri fideicommissum pertinere. Sed an ea voluntas fuit patrisfamilias, ut, si ante restitutum fideicommissum puer decessisset, matri potius, quam heredibus praestaretur, Praetor aesti-

200) Vgl. die oben S. 198 abgedruckte l. 13 D. de condition. (28. 7).

201) L. 26 D. eod. Si pupillus sub conditione heres institutus fuerit, conditioni etiam sine tutoris auctoritate parere potest. Idemque est, et si legatum ei sub conditione relictum fuerit, quia conditione expleta pro eo est, quasi pure ei hereditas vel legatum relictum sit.

mabit ex persona matris et ex persona heredis pueri. Marcellus: sed testatoris voluntati congruum est, quandocunque puer decesserit, sive antequam dies fideicommissi cedit, sive postea, ad matrem transferri fideicommissum, si non iam puer hoc acceperit. Eoque iure utimur.

Diese und die früheren Stellen über das Verhältniß der Erben und Substituten zu dem Vermächtniß bekunden von Neuem die praktische Wichtigkeit, welche es hat, ob der Vermächtnißnehmer einem nothwendigen oder freiwilligen Erben analog zu behandeln ist. Man könnte dieselbe hinsichtlich der Gläubiger des Legatars etwa um deswillen leugnen wollen, weil, wenn auch der Legatar nur, wie ein heres necessarius, das Recht der Abstinenz hätte, diese gleichfalls nicht als eine alienatio in fraudem creditorum anzufechten sein würde[202]). Allein es müßte sich auch ihnen gegenüber doch immer das Verhältniß in dem einen und dem andern Falle durchaus verschieden gestalten, wenn nach dem Tode des Vermächtnißnehmers über sein Vermögen der Concurs eröffnet wird: hat er schon mit der petitio legati ipso iure ohne alle Agnition einen Vermögenserwerb gemacht, so würde dieser, ebenso wie die vom heres necessarius erworbene Erbschaft, zur Concursmasse gehören, gewährt ihm die petitio legati aber eine bloße facultas acquirendi, wie dem heres extraneus das Erbrecht, so muß sie in diesem Fall gerade so untergehen, wie wenn an sich ein Transmissionsfall des Erbrechts begründet ist, dieses also zum Nachlaß des verstorbenen Delaten gehört, eine Erbfolge in denselben aber nicht eintritt. Ein ebenso verschiedenes Resultat müßte sich hinsichtlich der Substituten

202) Vgl. l. 67 § 2 D. ad senat. Trebell. (36. 1).

ergeben, wenn in der petitio legati schon das Vermächtniß selbst erworben würde. Die Frage, ob ihnen bei erst nach dem dies cedens erfolgten Tode des Vermächtnißnehmers die Erben desselben vorgehen, wäre so selbstverständlich zu bejahen, daß sie gar nicht aufgeworfen werden könnte. In unserer Literatur ist sie denn auch, soviel ich weiß, nur einmal erörtert [203]) und, weil dabei auffallender Weise jene oben angeführten Stellen ganz übersehen sind [204]), irrthümlich dahin entschieden, „daß der dies cedens die Legate nicht blos transmissibel mache, sondern die ganze Frage entscheide, wer das Vermächtniß haben solle", daß von dem dies veniens nur das Auszahlen des Vermächtnisses abhängig sei, und demgemäß hier, wie beim Erbrecht [205]), den Erben des Legatars, als Transmissaren, stets der Vorzug vor den Substituten gebühre. Daran knüpft sich dann die weitere Behauptung, daß die Fähigkeit zum Erwerb eines Vermächtnisses nur zur Zeit des dies cedens beim Legatar vorhanden zu sein brauche, während sich nach dem Bisherigen von selbst ergiebt, daß sie in der That, wie beim Erben [206]), bis zur Agnition ununterbrochen fortdauern muß, eine Vorschrift, die freilich heute nur noch bei juristischen Personen eine praktische Bedeutung erhalten kann, wenn diesen etwa während der Delation die Erbfähigkeit entzogen werden sollte.

Es ist nunmehr der Nachweis geführt, daß das römische Recht auch beim Vermächtniß eine Delation und Acquisition

---

203) Zimmern im Archiv für civilist. Praxis Bd. 9 S. 357: Gehen die Erben des nach der Delation, aber vor der Acquisition verstorbenen Legatars dem Substituten vor oder nicht?

204) In Geiger's und Glück's merkwürdigen Rechtsfällen Bd. 1 S. 111 ff. wird bereits von ihnen Gebrauch gemacht.

205) c. un. § 13 C. de caduc. toll. (6. 51).

206) L. 49 § 1 l. 50 l. 59 § 4 D. de hered. instit. (28. 5).

unterscheidet, daß auch der Vermächtnißnehmer mit der Delation nur eine facultas acquirendi erwirbt, welche ihm die alternative Befugniß der Agnition und Repudiation der legirten Rechte gewährt, daß auch der Erwerb dieser Rechte stets nur vom Erbschaftsantritt datirt, daß ferner auch hier jene facultas acquirendi wegen ihres familienrechtlichen Charakters als bedingtes Recht überhaupt nicht, und selbst als unbedingtes nicht absolut vererblich ist, sowie endlich, daß auch ihre wirksame Ausübung, wie die des Erbrechts, durch wesentlichen Irrthum und Zweifel ausgeschlossen ist. Die Zulässigkeit der Ausübung durch Stellvertreter wird hier Niemand bezweifeln, und ebenso wenig die Richtigkeit derselben, wenn sie ex die oder sub conditione erfolgt. Endlich ist bekannt, daß, in weiterer Uebereinstimmung mit dem Erbrecht, der Grundsatz der Untheilbarkeit der Ausübung auch beim Recht des Vermächtnisses Platz greift. Wenn dies in beschränkterem Umfange, wie beim Erbrecht, der Fall ist, so erklärt sich dies daraus, daß sich hier mit demselben nur der Eine Zweck verbinden kann, den Willen des Erblassers gegen die Willkür seines Vermächtnißnehmers zu schützen: er soll durch theilweise Repudiation nicht den Untergang der ihm auferlegten onera zum Theil oder ganz herbeiführen können, wie er z. B. eintreten müßte, wenn dem Legatar ein Grundstück vermacht ist mit der Auflage, daran einem Andern eine Servitut zu bestellen. Da dies bei Hinterlassung blos eines einzigen Vermächtnisses allein durch eine theilweise Agnition beabsichtigt werden kann, so soll dieselbe hier ein für allemal unzulässig sein, von mehren Vermächtnissen soll dagegen das eine agnoscirt, das andere repudiirt werden können, vorausgesetzt, daß es nicht mit einem onus belastet ist [207]). Diese Beschränkung

207) L. 4 D. de legat. (31). Neminem eiusdem rei legatae sibi

zeigt hinlänglich, daß die Ursache der Untheilbarkeit der Ausübung des Vermächtnisses, und, da diese exemplo heredis eingeführt ist, auch die der Untheilbarkeit der Ausübung des Erbrechts nur in praktischen Gründen gefunden werden darf. Da indessen nicht das Recht des Vermächtnisses selbst untheilbar ist, so kann es doch, wenn sich dasselbe auf mehre Erben des Legatars vererbt, zu einem theilweisen Untergang des Vermächtnisses kommen, da jeder Erbe die ihm deferirte Quote desselben hier gerade so repudiiren darf[208]), wie wenn sich das Erbrecht beim Tode des Delaten auf Grund eines Transmissionsfalls unter eine Mehrzahl von Erben theilt. Das Afterlegat muß indessen auch dann, wenn dies dem Willen des Testators entspricht, sein Erbe leisten, soweit damit die an ihn zurückfallende repudiirte Quote belastet ist[209]).

Auf Agnition und Repudiation beschränken sich auch beim Vermächtnißnehmer die Befugnisse, welche ihm in seiner Eigen-

---

partem velle, partem nolle verius est. — Paulus R. S. III. 6 § 12. Eius rei, quae legata est, exemplo heredis, partem agnoscere, partem repudiare legatarius non potest. — l. 58 D. de leg. (31). Si cui res legata fuerit, et omnino aliqua ex parte voluerit suam esse, totam acquirit. — l. 5 pr. D. eod. Sed duobus legatis relictis unum quidem repudiare, alterum vero amplecti posse respondetur. § 1. Sed si unum ex legatis onus habeat, et hoc repellatur, non idem dicendum est... l. 22 pr. D. de fideic. libert. (40. 5). Si legatario fundi decem pretii nomine relicta sint in hoc, ut servum suum manumittat, quamvis fundi legatum agnoverit, si tamen pecuniae propter interventum Falcidiae non agnoverit, cogendus est et pecuniam accipere habita legis Falcidiae ratione, et servo fideicommissariam libertatem praestare, quum semel fundi legatum agnovit.

208) L. 38 pr. D. de legat. (30). Legatarius pro parte acquirere, pro parte repudiare legatum non potest, heredes eius possunt, ut alter eorum partem suam acquirat, alter repudiet.

209) L. 29 pr. l. 32 § 4 D. de legat. (31). c. 1 § 9 C. de caduc. toll. (6. 51).

schaft als Delaten zustehen. Natürlich kann er über die aus dem Vermächtniß mit der Agnition zu erwerbende Forderung schon vor derselben mit gleicher Wirkung, wie über jede andere spes futurae actionis, beliebig disponiren, sie cediren [210]) und noviren [211]), über die Delation des Vermächtnisses aber hat er eine weitere Verfügung nicht. Die Veräußerung derselben ist auch hier ein nichtiger Act. Hinsichtlich des Singularvermächtnisses lassen sich zwar Beweisstellen dafür nicht anführen, allein es kann demungeachtet nicht bezweifelt werden: denn es steht hier, wie beim testamentarischen Erbrecht, einer solchen Veräußerung der Wille des Erblassers entgegen. Nach diesem soll das Vermächtniß, wenn es der Honorirte für sich nicht haben will — und dies will er offenbar nicht, wenn er die Delation an einen Andern veräußert [212]) —, entweder an den Substituten gelangen, oder beim onerirten Erben verbleiben. Diesen Personen ist das Vermachte eventuell schon vom Erblasser zugedacht. Eine Uebertragung der Delation auf eine andere Person würde also den Willen des Erblassers durchkreuzen, insbesondere würde durch sie das Vermächtniß einem Substituten entzogen werden können, an den dasselbe

---

210) c. 3 C. de donat. (8. 54). Spem futurae actionis.... posse transferri non immerito placuit. — Mühlenbruch, Cession S. 289, betrachtet irrthümlich auch das mit dem dies cedens erworbene Recht als den Gegenstand der Cession.

211) L. 8 § 1 D. de novat. (46. 2). — Die l. 41 D. de condition. (35. 1): Legata sub conditione relicta non statim, sed quum conditio extiterit, deberi incipiunt; ideoque interim delegari non potuerunt, handelt von dem Testator bedingt legirten Sachen, die dieser vor Eintritt der conditio per vindicationem weiter legiren will. Vgl. Fitting, Der Begriff der Rückziehung. S. 59. Das Wort delegare kommt auch sonst für legare vor, siehe z. B. c. 3 C. quando dies legat. (6. 53).

212) L. 6 D. de R. J. (50. 17). Siehe Note 147.

nach dem Willen des Erblassers fallen soll, wenn der Legatar vor der Agnition des Vermächtnisses stirbt. Und ebenso würde durch eine solche Translation ein etwaiger Afterlegatar ohne seine Zustimmung und im Widerspruch mit der Anordnung des Testators eine andere Person zum Schuldner erhalten. Diese Consequenzen schließen die rechtliche Möglichkeit einer Veräußerung der Delation beim Singularvermächtniß ebenso aus wie beim Universalfideicommiß, wo nicht einmal die durch die Agnition erworbene Forderung auf Restitution an einen Andern übergehen kann.

l. 59 § 1 D. de iure dotium (23. 3) Marcellus:

Ex asse heres institutus rogatusque mulieri dodrantem hereditatis restituere iussu eius, quod debet, doti promisit marito; vereor, non sit obligatus, nam mulieri in hoc tenetur, ut hereditatem restituendo transferat actiones, et quas habet, et quibus obstrictus est, quas transferre ad alium, quam cui debet fideicommissum, non potest. Aliquis dixerit, incerti cum eo agi posse, ut fideicommissi praestet aestimationem, huic ego consentire non possum; nam obligari mulieris debitorem ita aequum est, si accipere id ipsum, quod ei debetur, vir potest. Sed ne indotata mulier esse videatur, dicendum est, ipsi mulieri ex Trebelliano restituendam esse partem hereditatis, quae ei relicta est, ut ea suo marito pro dote eam solveret, quia et ad eam fideicommissum et onera eius pertinent, delegatione propter nimiam subtilitatem et casus necessitatem minime obtinente.

Selbst durch die Berufung eines veräußerlichen Legatars konnte in diesem Fall ein römischer Testator die Veräußerlichkeit der Delation nicht ermöglichen. Denn, um das Vermächtniß

von dem Sclaven unabhängig zu machen, ging sofort mit der Delation an diesen die petitio legati in das Vermögen seines Herrn über. Es ergiebt sich dies aus Stellen, welche über Vermächtnisse an Erbschaftssclaven handeln. Die von diesen ipso iure erworbene petitio legati wird sofort Bestandtheil der Erbschaft, und gelangt deshalb an den Erben, wenn z. B. auch im Moment seines Antritts der honorirte Sclave, als testamento manumissus, frei wird [213]). Es zeigt sich hierin von Neuem, daß eine Erbschaft nicht blos ausschließlich aus Vermögensrechten bestehen kann. Dies ist so wenig der Fall, daß sich ein Nachlaß denken läßt, der überhaupt kein Vermögen enthält, wie wenn Jemand nichts als ein deferirtes Vermächtniß, oder in Folge einer Transmission blos eine deferirte Erbschaft hinterließe. Kann doch sogar Jemand ohne jeglichen Nachlaß versterben und durch eine ihm nach seinem Tode zugefügte Beleidigung [214]) in der dadurch begründeten actio iniuriarum noch nachträglich eine Erbschaft erhalten, die in diesem einzigen nicht zum Vermögen gehörigen Rechte besteht [215]).

---

213) L. 68 § 1 D. legat. (30). Sed si servo post mortem domini relictum legatum est, si quidem in ea causa durabit, ad heredem domini pertineat, usque adeo, ut idem iuris sit, et si testamento domini liber esse iussus fuerit: ante enim cedit dies legati, quam aliquis heres domino existat, quo fit, ut hereditati acquisitum legatum postea herede aliquo existente ad eum pertineat... l. 1 § 2 D. quando dies ususfr. (7. 3). Eine Modification, auf welche die erste Stelle mit den Worten si quidem in ea causa durabit hinweist, findet Statt, wenn der honorirte Erbschaftssclave selbst legirt ist: hier tritt der dies cedens erst mit dem Erbschaftsantritt ein, und es gelangt daher das ihm hinterlassene Vermächtniß an seinen Legatar, nicht an den Erben seines Dominus: l. 17 pr. D. quando dies legat. (36. 2). l. 69 pr. D. de legat. (30).

214) L. 3 § 2 D. de iniur. (47. 10)... pati quis iniuriam, etiamsi non sentiat, potest.

215) L. 1 § 6 D. eod.... si corpus testatoris ante aditam here-

Denselben Charakter, wie das Erbrecht und das Recht des Vermächtnisses, haben alle Rechte, welche mortis causa erworben werden. Sie gewähren sämmtlich nur eine occasio capiendi [216]), und sind aus diesem Grunde sämmtlich Rechte, welche nicht zum Vermögen des Berechtigten gehören. Eine Ausnahme tritt davon nur bei der m. c. donatio ein, weil sie sich ihrem Wesen nach von jeder gewöhnlichen Schenkung nur dadurch unterscheidet, daß das daraus erworbene Recht mit der Bedingung des früheren Todes des Schenkers behaftet ist [217]). Dagegen wird durch das Recht auf die Quarta Falcidia und Trebelliana, sowie durch das Recht auf die Quarta Divi Pii ein Vermögenserwerb auch nur deferirt [218]), nicht schon gemacht, und der Verzicht darauf enthält deshalb im Fall der Insolvenz ebenso wenig eine alienatio in fraudem creditorum, wie die Repudiation der Erbschaft und des Vermächtnisses [219]). Daß es sich mit dem Recht der armen

---

ditatem detentum est, acquiri hereditati actiones non dubium esse... l. 28 D. eod. Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur.

216) L. 31 pr. D. de mort. causa donat. (39. 6). Mortis causa capitur, quum propter mortem alicuius capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur; certe enim et qui hereditario, aut legati, aut fideicommissi iure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem, sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur.

217) Vgl. l. 38 D. eod.

218) L. 2 § 1 D. fam. herc. (10. 2). Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur.

219) L. 19 D. quae in fraud. credit. (42. 8). Patrem, qui non exspectata morte sua fideicommissum hereditatis maternae filio soluto potestate restituit, omissa ratione Falcidiae, plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis, respondi, non creditores fraudasse. l. 20 D. eod. Debitorem, qui ex senatus consulto Trebelliano totam hereditatem restituit, placet non videri in

Wittwe auf gleiche Weise verhält, kann mit Grund gewiß nicht bezweifelt werden[220]). Denn wenn sie dasselbe, wie auf

fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere.

220) Das Recht der armen Wittwe hat dieselbe Natur wie das Recht des exherebirten oder ohne causae cognitio emancipirten arrogatus impubes auf die Quarta Divi Pii, § 3 J. de adopt. (1. 11). l. 13 D. si quid in fraud. patr. (38. 5). c. 2 C. de adopt. (8. 48). Von diesem wissen wir, daß es nur die Delation eines Vermögenserwerbes gewährt, und daß dieser deferirte Erwerb eine Forderung auf den vierten Theil der reinen Activa des Arrogators ist: nicht die hereditas, sondern die bona, quae deducto aere alieno supersunt [l. 39 § 1 D. de V. S. (50. 16)] sollen die Erben des Arrogators mit dem impubes theilen, so daß dieser selbst nicht heres wird, und deshalb seine Theilungsklage eine actio familiae herciscundae utilis ist: l. 2 pr. D. fam. herc. (10. 2).... Et generaliter eorum duntaxat dividi hereditas potest, quorum peti potest hereditas. § 1. Si quarta ad aliquem ex constitutione Divi Pii arrogatum deferatur, quia hic neque heres neque bonorum possessor fit, utile erit familiae herciscundae iudicium necessarium. Wie beim Vermächtniß mit dem Tode des Testators in seinem Nachlaß eine Schuld auf den vermachten Gegenstand entsteht, und gleichzeitig mit ihr für den Legatar in der petitio legati das Recht, durch Agnition der Gläubiger für diese Schuld zu werden, so entsteht mit dem Tode des Arrogators in seinem Nachlaß eine Schuld auf die quarta pars omnium bonorum [l. 8 § 15 D. de inoff. test. (5. 2)... quartam ei quasi aes alienum concedendam], und gleichzeitig mit dieser für den impubes in der petitio quartae das Recht, durch Agnition der Gläubiger für diese Schuld zu werden, und wie die petitio legati, so ist auch die petitio quartae vererblich: l. 1 § 21 D. de collat. (37. 6). Si impubere arrogato secundum Divi Pii rescriptum quarta debetur, videndum est, an si patris naturalis bonorum possessionem petat, conferre quartam debeat; quaestio in eo est, an heredi suo relinquat quartae actionem, an non: et magis est, ut ad heredem transferat, quia personalis actio est. Igitur etiam de quarta conferenda cavere eum oportebit; sed hoc ita demum, si iam nata est quartae petitio. Die Quarta Divi Pii ist hiernach eine gesetzlich angeordnete mortis causa capio, welche die Natur eines Vermächtnisses hat; ihr Erwerb setzt daher auch nach römischem Recht die ununter-

den Todesfall, auch bei der Scheidung hat, so folgt daraus nur, daß nicht blos mortis causa, sondern auch inter vivos

brochene Erfähigkeit des impubes von der Delation bis zur Agnition voraus, l. 9 D. de m. c. donat. (39. 6). — Ganz ebenso verhält es sich mit dem Recht der armen Wittwe auf die Quart, welches ihr in derselben Weise, wie ursprünglich im Fall der Scheidung [c. 11 § 1 C. de repud. (5. 17). Nov. 22 c. 18], nach Nov. 53 c. 6 pr. auch auf den Todesfall ihres Mannes zusteht („et sicut scripsimus — fuerint"), und an dem auch Nov. 117 c. 5 nichts weiter geändert hat, als daß sich bei einer Concurrenz von mehr als drei ehelichen Kindern der Anspruch auf eine Virilportion und neben eigenen Kindern auf den Nießbrauch an dieser oder der Quart beschränken soll. Auch die arme Wittwe wird nur zum Vermögen ihres Ehemannes berufen [Nov. 53 c. 6 pr.... uxorem cum filiis vocari], d. h. es wird ihr nur ein Erwerb aus demselben deferirt, und dieser deferirte Erwerb ist ebenfalls eine Forderung auf Eigenthum oder Nießbrauch an einem Theile der reinen Activa des Ehemannes: Nov. 22 c. 18.. substantiam illam merito secundum nostras leges existimantes esse, quae pura debitis videatur. Erbin soll auch die arme Wittwe niemals werden: Nov. 117 c. 5... filios... ad paternam vocari hereditatem, uxorem autem... quartam partem ex substantia viri accipere. Sie haftet daher den Gläubigern des Mannes nicht, wie dies auch in der Nov. 53 c. 6 § 1 ausdrücklich gesagt wird, jedoch mit der selbstverständlichen Einschränkung nisi forte secundum quod in illius iure ex hac lege heres extiterit, d. h. soweit der Ehemann sie nicht, um der Vorschrift der Novelle nachzukommen, zur Erbin ernannt hat. Es ergiebt sich hieraus von selbst, daß sich auch im Uebrigen Alles gerade so wie bei der Quarta Divi Pii gestalten muß, daß also auch hier in dem Nachlaß des Ehemannes eine Schuld entsteht, und gleichzeitig mit ihr das Recht der Wittwe, durch Agnition die Gläubigerin für diese Schuld zu werden, und daß auch hier dieses Recht vererblich, und seine Existenz nach römischem Recht von der ununterbrochenen Erbfähigkeit der Wittwe bis zur Agnition abhängig ist. Nach heutigem Recht kann ein Verlust derselben für sie überhaupt nicht mehr eintreten. Denn die Erbfähigkeit ist eine Seite der Rechtsfähigkeit, und ihr Verlust setzt daher eine Minderung dieser voraus. Daher kann der Umstand, daß die Wittwe nach der Delation durch anderweitige Erwerbungen wohlhabend wird, ihre Erbfähigkeit nicht afficiren: ihre Armuth ist nur die Bedingung für den Eintritt der Delation, aber nicht auch, nachdem dieser erfolgt, für die Existenz derselben.

Rechte entstehen können, welche eine Vermögensacquisition blos erst ermöglichen, wie dies in der That z. B. auch bei dem in der Verwandtschaft begründeten Anspruch auf Alimentation und Dotation der Fall ist[221]), und überall der Fall sein muß, wo es sich entweder um eine durch Rechtsvorschrift oder einseitige Privatdisposition gewährte Liberalität handelt, die Niemandem aufgedrungen, sondern nur offerirt werden kann, oder um einen Vertrag, der, wie z. B. der Erbvertrag[222]), eben nicht mehr als die rechtliche Möglichkeit eines Vermögenserwerbes erzeugen soll[223]).

221) Diese beiden Rechte theilen, wie schon oben Note 7a bemerkt ist, ganz den familienrechtlichen Charakter des Erbrechts, insofern die ihnen entsprechenden Verpflichtungen nicht dem Vermögen des Verpflichteten folgen, sondern bei dessen Tode an andere Familienglieder gelangen. Nur die Alimentationspflicht gegen den Vater kann ausnahmsweise auf die Erben des Sohnes übergehen: l. 5 § 17 D. de agn. et al. lib. (25. 3). Item rescriptum est, heredes filii ad ea praestanda, quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit, invitos cogi non oportere, nisi in summam egestatem pater deductus est. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 205.

222) Vgl. v. Gerber, System des deutsch. Privatrechts § 259 Note 2.

223) Materiell gewährt eine solche auch der Vertrag, in welchem das daraus zu erwerbende Recht von einer Potestativbedingung abhängig gemacht ist. Daher heißt es in l. 6 § 1 D. quae in fraud. creditor. (42. 8). Unde si quis ideo conditioni non paret, ne committatur stipulatio, in ea conditione est, ne faciat huic edicto locum.

Berichtigungen.

S. 128 Z. 11 v. u. statt: Delationsanspruch l. Dotationsanspruch.

S. 129 Z. 7 v. u. statt: Gaius II. 110 l. Gaius I. 22. 23.

S. 134 Z. 17 v. u. statt: als Urtheil l. das Urtheil.

S. 147 Z. 13 v. u. statt: beneficium abstinendi l. beneficium inventarii.

V.

Revision des Verzichtsbegriffs.

Von

Herrn **Leopold Bacher** in Stuttgart.

Wenn man unsere besten Lehrbücher und Compendien in die Hand nimmt und in ihnen den dem Verzicht gewidmeten Paragraphen aufschlägt, so findet sich so ziemlich dieselbe Definition des Begriffs Verzicht. So bestimmt ihn z. B. Wächter[1]) dahin: Unter Verzicht im engern und eigentlich juristischen Sinn versteht man blos den Fall der Veräußerung, wenn man ein Recht schlechthin aufgeben will, so daß es nunmehr erlöschen und nicht als ein besonderes von uns übertragenes Recht in der Person eines Nachfolgers fortdauern soll. Wächter betrachtet hienach den Verzicht als eine Spezies der Veräußerung. Sieht man nun nach, was für ein Gattungsbegriff nach ihm die Veräußerung ist, so sagt er (das. S. 638): Veräußerung ist jede durch die Mitwirkung des Willens des Berechtigten bedingte und bewirkte Herbeiführung des gänzlichen und theilweisen Verlusts eines Rechts. Im Verlauf der betreffenden Darstellung hebt er hervor, daß überall da, wo eine Verminderung des Vermögens nicht statt hat,

---

1) Handbuch des württembergischen Privatrechts II S. 643.

oder genauer, wo es sich von dem Aufgeben eines schon erworbenen Rechts nicht handelt, auch von einer Veräußerung nicht die Rede sein kann, z. B. eine Alienation nicht vorhanden sei, wenn Jemand eine ihm deferirte Erbschaft ausschlägt. Allein hiedurch kommt Wächter meines Erachtens mit seiner eigenen Ansicht in Widerspruch. In dem genannten Fall des Ausschlagens einer Erbschaft liegt sowohl nach dem entschiedenen Ausspruch unserer Quellen [2]), als nach seiner eigenen Theorie über Veräußerung eine solche im technischen Sinn des Worts nicht vor, da durch die Handlung des Berechtigten nach der Anschauung unserer Gesetze sein Vermögen nicht verringert wird, indem ein bereits erworbenes Recht hier nicht preisgegeben wird. Doch spricht Wächter in dem unterstellten Fall von einem Verzicht, den er als eine Art der Veräußerung ansieht [3]). Consequenterweise müßte er entweder in dem angeführten Fall keinen solchen sehen oder müßte er eine Definition desselben annehmen, wodurch er nicht mehr zu einer species alienationis gestempelt wird. Dies scheint ganz einleuchtend. Um nun aber auf die gestellte Alternative einzugehen, so glaube ich, daß bei dem Ausschlagen einer angebotenen Erbschaft ein Verzicht vorliegt, daß aber deshalb der von Wächter gegebene Begriff von Verzicht unhaltbar ist, da er in demselben ein Moment für wesentlich hält, wodurch er zu eng gefaßt wird und wodurch das Wesen des Verzichts nicht bedingt ist.

Auch Puchta [4]) sagt, Verzicht sei die Veräußerung, welche ohne Uebertragung des Rechts auf einen Andern

2) Lib. dig. de V. S. l. 28 pr. l. 28 pr. XLII, 8 quae in fraudem cred. l. 6 § 1—3, l. 5 eod.

3) A. a. O. S. 646 Note 4.

4) Lehrbuch der Pandekten § 48.

geschieht und es treffen ihn somit die gegen Wächter vorgebrachten Einwendungen ebenfalls.

Wening-Ingenheim[5]) versteht unter Verzicht ein freiwilliges Aufgeben eines dem Berechtigten zustehenden gegenwärtigen oder zukünftigen Rechts und bemerkt hiezu in der Anmerkung (00), dadurch, d. h. durch das freiwillige Aufgeben unterscheidet sich der Verzicht von der Veräußerung. Daß die so interpretirte Definition (vollkommen) schief ist, läßt sich leicht nachweisen, da die Freiwilligkeit der Veräußerung gewiß ebenso integrirt als dem Verzicht und dieses Moment gerade beiden Rechtsbegriffen gemeinsam ist und da ferner Wening den Verzicht ebenfalls in die Kategorie der Veräußerung wirft, und nur einen Unterschied zwischen beiden behauptet, der in der That gar nicht existirt, er im Gegentheil ein beiden identisches Moment zum gegensätzlichen macht.

Sintenis[6]) endlich distinguirt

1) eigentlichen Verzicht, bei welchem auf ein erworbenes Recht Verzicht geleistet wird,

2) Verzicht im weitern Sinn, d. h. Verzicht auf ein noch nicht in die Rechtssphäre einer bestimmten Person eingetretenes, sondern nur deferirtes Recht. Letzteres nennt er die vulgäre Bedeutung, während das erstere ihm der technisch-juristische Verzichtsbegriff ist. Sintenis nimmt in den Begriff das Moment des Rechtsgeschäfts herein als wesentlich und schließt deshalb die Dereliktion von der Theilnahme am Verzicht aus, behauptend, dieselbe sei kein Rechtsgeschäft. Man wird ihm Ersteres vollkommen zugeben können, allein Letzteres nicht, da der Beweis sehr leicht ist, daß auch die Dereliktion ein Rechtsgeschäft ist. Fassen wir nämlich den von ihm selbst gegebenen

---

5) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts I S. 232.

6) Civilrecht B. 2 S. 2.

Begriff der Dereliktion in's Auge, so sagt er ausdrücklich, daß die Absicht, auf das Eigenthum zu verzichten, ohne Zweifel vorhanden sein muß; er selbst fordert einen Willensakt, da das bloße Verlassen des Gegenstands ohne das dasselbe begleitende Willensmoment keinen Werth hat. Dieses Willensmoment aber hat offenbar die Natur eines Rechtsgeschäfts nach der eigenen Definition, die Sintenis von letzterem gibt. Freilich unterscheidet sich die Dereliktion von den übrigen Verzichtsarten dadurch, daß der bloße Wille nicht hinreicht, sondern daß zugleich auch die factische Entäußerung der den Gegenstand des Verzichts bildenden Sache erheischt wird; allein dieses Plus hängt nur mit der dinglichen Natur des durch Dereliktion preiszugebenden Eigenthums zusammen; es ist eine durch das jus in re veranlaßte Zuthat. Hingegen haben wir, abgesehen von der durch den Dinglichkeitscharakter (nothwendig) bedingten Verkörperung des Verzichtswillens, in ihr die Verzichtsmomente und ich halte es deßhalb für unrichtig, wenn Sintenis die Dereliktion aus dem Gebiete des Verzichts verbannt. Ist dieß die eine Einwendung gegen die Fassung des Verzichts von Seiten Sintenis', so kommt noch dazu, daß derselbe, so wie seine Darstellung lautet, die Frage, ob der Verzicht ein Vertrag ist oder nicht, in zu nahe Berührung bringt mit der Aufsuchung und Feststellung der Begriffsmomente des Verzichts. Er sagt: Die geschehene Anwendung des Begriffs Verzicht auf sehr verschiedene Rechtsverhältnisse auch in der engern Bedeutung macht es nöthig, um die Natur dieses Rechtsgeschäfts genauer kennen zu lernen, vorerst wieder zu unterscheiden, ob auf ein schon erworbenes Recht verzichtet wird, oder ob es sich erst um den Erwerb eines solchen und dessen Ausschlagung handelt. Das Letztere ist nur in Betreff eines jus delatum, d. i. eines angebotenen Rechts aus dem Nachlaß eines Verstorbenen, möglich. Die Ausschlagung eines solchen

Rechts ist eine einseitige Willenserklärung, mit welcher dasselbe aufgegeben und verloren ist, ohne daß ein willkürlicher Widerruf möglich wäre. In allen übrigen Fällen kann der Verzicht nur als Vertrag wirksam gedacht werden, so daß, so lange nicht die Uebereinstimmung, also Annahme von der Seite dessen, zu dessen Gunsten das Recht aufgegeben wird, feststeht, der Verzicht noch nicht wirksam ist, sondern zurückgenommen werden kann. Dieses ist der Verzicht im engsten Sinne. Sintenis unterscheidet nach diesem wörtlichen Citat einen engsten, engern Verzicht und einen ganz allgemeinen Verzicht. Hinsichtlich des engern Verzichts, durch den er die Dereliktion aus dieser Sphäre ausschließen will, haben wir uns schon oben ausgesprochen und es erübrigt noch, seinen engsten Verzicht einer Beurtheilung zu unterwerfen. Es ist schon an und für sich nicht ganz logisch, nachdem ein Begriff in seiner Allgemeinheit aufgestellt ist, der dem ganzen Rechtsinstitut entspricht, nachher wieder von demselben abzugehen und einen noch engern Begriff von demselben Begriff zu geben. Vielmehr wäre es richtiger, wenn die von Sintenis aufgestellte Ansicht überhaupt richtig wäre, innerhalb des Rahmens des allgemeinen Verzichtsbegriffs die zwei Fälle zu unterscheiden, in welchen eine Acceptation nothwenig ist oder nicht, und überhaupt nicht in die Begriffslehre des Verzichts diese Streitfrage hereinzuziehen. Allein die von Sintenis zur Entwicklung des Begriffs hereingezogene Controverse erscheint mir nicht richtig entschieden zu sein. Die Ansichten gehen bekanntermaßen über diese Frage aus einander und es ist von Interesse, deshalb auf sie näher einzugehen, als sie meines Erachtens von keiner Seite vollkommen richtig beantwortet zu sein scheint. Wening-Ingenheim und mit ihm Fritz sagt über diesen Punkt:

Acceptation des Verpflichteten sei nur bei dem Verzicht auf bereits erworbene Rechte nothwendig, welcher

bestimmten Personen unmittelbar zum Vortheil gereicht, namentlich beim Verzicht auf Forderungen und auf dingliche Rechte an fremden Sachen [7]).

Vangerow in seinem Lehrbuch der Pandekten unterscheidet zwischen Forderungsrechten, dem Pfandrecht, als einer obligatio rei und den dinglichen Rechten und verlangt bei den zwei erstern Acceptation, bei den letztern nicht [8]).

Savigny endlich stellt folgende Sätze auf:

a) Rechte auf Erwerb einer Erbschaft oder eines Legats gehen durch einseitigen Willen verloren; hingegen

b) schon erworbene Rechte hinsichtlich des Nachlasses, ferner Eigenthumsrechte und jedes jus in re, von welchem der Eigenthümer nur durch Vertrag, nicht durch einseitige Erklärung des Inhabers befreit wird, gehen nur durch Willensübereinstimmung verloren.

Betrachten wir nun diese divergirenden Ansichten, so müssen wir behaupten, daß uns keine vollkommen genügt, daß uns hingegen die von Vangerow ausgesprochene der Wahrheit am nächsten zu stehen scheint, vielleicht sogar, abgesehen vom Pfandrecht, mit der unsrigen zusammenfällt. Wir vermissen nämlich an der Vangerow'schen Theorie die Berücksichtigung des Erbrechts und des Familienrechts. Es ist nun zwar möglich, daß Vangerow diese beiden Rechtstheile vielleicht unter die dinglichen Rechte stellt, allein da wir dies für einen Systemfehler und einen Verstoß gegen die richtige Erkenntniß der allgemeinen Natur dieser beiden Rechtstheile halten, so erachten wir es für richtiger, nicht blos von dinglichen und Forderungsrechten zu sprechen, sondern in umfas-

---

7) W.-Ingenheim a. a. O. § 97. Fritz im Archiv für die civilistische Praxis. Band VIII, 15. Erläuterungen I H. 2 S. 385—392. S. 543—545.

8) Dessen Lehrbuch I § 127.

senderer Weise im Anschluß an die neuerdings übliche und begründete Eintheilung des Rechtssystems vom Verzicht auf Personen-, Forderungs-, dingliche, Familienrechte, Erbrechte zu sprechen und zu handeln. Unsere Ansicht geht nun dahin, daß der Verzicht im Gebiete des Personenrechts gar nicht möglich ist. In der Lehre vom Forderungsrecht halten wir die Acceptation unbedingt für nöthig, bei der Lehre von den dinglichen Rechten stimmen wir Vangerow ebenfalls bei, nur mit dem wichtigen Unterschiede, daß wir das Pfandrecht zu den dinglichen Rechten zählen und deshalb auch bei ihm die Acceptation für überflüssig halten. Im Familienrechte ist der Verzicht nicht zulässig. Im Erbrecht endlich halten wir (soweit der Verzicht zulässig ist und soweit die einzelnen hier vorkommenden Rechtsverhältnisse nicht rein obligatorischer Natur sind) die Acceptation nicht für nöthig, sondern die einseitige Erklärung für hinreichend und bindend. Bevor wir nun aber auf die positive Begründung dieser Ansicht eingehen, unterwerfen wir die entgegenstehenden Ansichten einer Kritik und beginnen mit der Savigny'schen.

1) Savigny stimmt hinsichtlich des Erbrechts mit der diesseitigen Ansicht insoweit überein, als er für das jus delatum einen einseitigen Verzicht zuläßt, wofür er sich auf

l. 38 § 1, l. 44 § 1, l. 86 § 2, de leg. I (30 un.), l. 59, de leg. 2 (31, un.)

beruft; hingegen erklärt er für den Fall, daß ein jus mortis causa schon eworben ist, eine einseitige Entsagung für wirkungslos. Allein diese Unterscheidung trifft schon deshalb nicht vollkommen zu, als beim Legat in der Regel nicht von einem jus delatum in der Weise gesprochen werden kann, daß ein Moment zwischen der Delation und dem Erwerb besteht; vielmehr wird ja das Legat in der Regel ipso jure mit dem Eintritt des Todesfalls erworben, so daß eine Unter-

scheidung zwischen Delation und Acquisition nicht zutrifft. Ist dies richtig, was wohl nicht geleugnet werden kann, und ist es andererseits richtig, daß beim Legat eine einseitige Ausschlagung nach unsern Gesetzen keinem Anstand unterliegt, so kann die Unterscheidung, die Savigny in Beziehung auf Legate macht, nicht aufrecht erhalten werden. Aber auch bei der hereditas und B. P. läßt sich die von Savigny gemachte Distinktion nicht rechtfertigen. Savigny geht auch hier davon aus, daß das jus delatum einseitig aufgegeben, hingegen das jus acquisitum nicht einseitig preisgegeben werden kann. So richtig nun das Erste ist, so scheint das Zweite bei einer scharfen Betrachtung nicht zuzutreffen. Ist nämlich eine Erbschaft angetreten, so hört sie, besonders wenn man die Savigny'sche Ansicht über das Wesen der Erbschaft hat, mit dem Antritt auf, Erbschaft zu sein und wird ein integrirender Theil des sonstigen Vermögens, vermischt sich mit demselben in eine unterschiedslose Einheit. An diesem Satze ändern die verschiedenen Bestimmungen nichts, wodurch der Erbschaftsantritt redressirt wird oder wodurch zum Zweck der Sicherheit der Gläubiger eine Trennung des eigenen oder Erbschaftsvermögens statuirt wird, da diese aus praktischen Gründen herfließen und das Grundwesen der Erbschaft nicht alteriren. Wird daher nach geschehenem Antritt der Erbschaft auf dieselbe verzichtet, so ist nicht mehr die Erbschaft das Objekt des Verzichts nach rechtlicher Anschauung, sondern nur in faktischer Beziehung, da der Verzicht einen Inbegriff von Rechten in sich schließt, der einstmal eine Erbschaft darstellte. Nehmen wir daher z. B. den Fall, daß Jemand auf eine erworbene Erbschaft zu Gunsten eines Dritten verzichtet, so ist die Folge hievon nicht gewissermaßen in integrum restitutio, so daß derjenige, der nunmehr dieselbe übernimmt, ein ursprüngliches Recht erwirbt, seine Berechtigung gleichsam von dem

Erblasser herleitet, sondern er übernimmt eine Summe von dinglichen und Forderungsrechten, welche der Verzichtende in seiner Person vereinigt hat, in der Gestaltung, welche sie inzwischen bei diesem erhalten hat, und insbesondere hat dieser ohne Einwilligung der gegenüberstehenden Berechtigten durchaus keine Befugniß, durch diesen Verzicht sich der durch den Erbschaftsantritt übernommenen Verbindlichkeiten zu entschlagen, vielmehr bleibt er vor wie nach an die Consequenzen seines durch den Erbschaftsantritt ihm entstandenen Verpflichtungskreises gebunden, soweit nicht die Natur der einzelnen in dem Complex der Erbschaft enthaltenen Rechte eine einseitige Aufgebung derselben zuläßt. Um es kurz zu sagen, nach geschehenem Erbschaftsantritt erhält der Erbe eine Reihe von dinglichen und Forderungsrechten, deren Erwerb zwar auf einem Erbrecht ruht, deren Forterixistenz sich aber von dieser loslöst, vielmehr nach ihrer eigenen Natur beurtheilt werden muß, so daß, wenn ein Verzicht vorkommt, dieser nach der dinglichen oder obligatorischen Natur des betreffenden Rechts sich richtet. Es ist demgemäß unrichtig, wenn Savigny vom Verzicht einer erworbenen Erbschaft im strengen Sinne spricht, vielmehr kann hievon nur in faktischem, nicht aber in juristischem Sinn dieses Worts die Rede sein. Etwas Besonderes ist die Erwerbung einer Erbschaft durch den suus heres, der bekanntlich vermöge des innigen Zusammenhangs zwischen ihm und seinem Erblasser von selbst die Erbschaft erwirbt, und dem deshalb das beneficium abstinendi gegeben wird, um sich von ihr lossagen zu können; ein Akt, der selbstverständlich ein einseitiger sein muß. Hier ist nun gesetzlich bestimmt, daß er trotzdem Erbe bleibt, aber nur in Beziehung auf seine Person die Folgen nicht eintreten, die sonst mit der Erbschaftserwerbung verbunden sind. Bei den Legaten nun wird, wie schon oben bemerkt, der Erwerb ipso iure gemacht, in der Regel mit

dem Tode des Erblassers, so daß das dingliche Recht, resp. das Forderungsrecht, das den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, in den gewöhnlichen Fällen theils mit dem Eintritt des Todes theils mit dem Antritt der Erbschaft in's Vermögen des Honorirten übergeht. Man könnte nun streng genommen sagen, dies erworbene Recht gehe durch Entsagung nicht anders verloren, wie das dingliche und Forderungsrecht an sich, das den Gegenstand des Legats bildet, soweit hiezu Willensübereinstimmung nöthig ist. Allein hievon abstrahiren die Quellen und mit Recht. Das Recht zur einseitigen Ablehnung eines solchen Legats folgt schon aus dem Grundsatz beneficium invito non obtruditur und wenn auch durch das strenge formelle Recht zunächst ein derartiger lucrativer Erwerb von selbst eintritt, so wird gerade die Anwendung des genannten natürlichen Satzes (in seinen Folgen) durch die Gestattung der einseitigen Ausschlagung wieder hergestellt; es wird eine Härte, die aus einer rigoristischen Auffassung der 12 Tafel herrührt, dadurch beseitigt.

Savigny sagt nun weiter: Bei dem Eigenthum sei die einseitige Willenserklärung hinsichtlich des Verzichts nicht bindend, sondern dasselbe werde niemals durch den bloßen Willen, sondern nur durch den zugleich aufgegebenen Besitz (Dereliktion) verloren. Dieser Satz ist gewiß richtig, allein in Bezug auf die Frage, die zunächst uns beschäftigt, nämlich ob der Verzicht unter Umständen ein einseitiger Akt ist, nicht entscheidend. Wie wir schon oben bemerkt haben, erfordert die Eigenthümlichkeit des Eigenthumsrechts, als der rechtlichen Herrschaft über eine Sache, zum Verlust desselben nicht blos den Willensakt, sondern zugleich eine äußere sichtbare körperliche Veränderung, welche den Willen gewissermaßen versinnlicht, und deshalb erfordert die Dereliktion zugleich die Aufgabe des Besitzes, wie ja auch zum Erwerb des Eigenthums stets der

Besitz erforderlich ist. Allein das Wesentliche, das hier in Betracht kommt bei der vorliegenden Controverse, ist die Thatsache, daß die Dereliktion unbeschadet des durch die dingliche Natur des Eigenthums nothwendigen Hinzutretens der Besitzentäußerung eine einseitige Willenserklärung ist, wie sie freilich gar nichts Anderes sein kann. Es ist somit unrichtig, zu sagen, daß auf das Eigenthum nicht durch einen einseitigen Willensakt Verzicht geleistet werden kann.

Bei den übrigen jura in re, sagt Savigny, sei ein einseitiger Verzicht überall da nicht möglich, wo der Eigenthümer nur durch Vertrag, nicht durch einseitige Erklärung des Inhabers befreit wird. Die Fassung dieses Satzes hat schon das Bedenkliche, daß nicht sowohl von dem dinglich Berechtigten, der Verzicht leisten will, ausgegangen wird, sondern von dem Eigenthümer und Verpflichteten, dem gegenüber Verzicht geleistet werden will. Aber abgesehen von dieser Fassung gewährt derselbe keine feste Entscheidungsnorm, da es gerade sehr wünschenswerth wäre, zu erfahren, in welchen Fällen ein Eigenthümer nur durch Vertrag von den jura in re befreit werden kann. Eine allgemeine Entscheidung gibt es hierüber nicht und so bleibt nichts Anderes übrig, als, soweit nicht in einzelnen Fällen ein ausdrücklicher Ausspruch unserer Quellen vorliegt, aus dem Grundprincip heraus die Entscheidung zu finden (hierüber später). Was endlich den Verzicht in obligatorischen Verhältnissen anbelangt, so stimmen wir in dieser Beziehung mit Savigny überein.

Ueber die Vangerow'sche Ansicht haben wir uns schon früher geäußert und so bleibt uns für unsern kritischen Theil nur noch übrig, auf die Wening-Ingenheim'- und Fritz'sche Ansicht überzugehen und ihre Unhaltbarkeit aufzuweisen.

Wening sagt, Acceptation sei nur nothwendig bei bereits

erworbenen Rechten, sofern der Verzicht bestimmten Personen unmittelbar zum Vortheil gereicht, namentlich bei dem Verzichte auf Forderungen und auf dingliche Rechte an fremden Sachen. Allein dieses Princip leidet, abgesehen davon, daß es hinsichtlich der jura in re, wie später nachgewiesen werden soll, nicht richtig ist, an dem Mangel, daß es die Entscheidung auf eine Grundlage stellt, die keine juristische ist, da Vortheil oder Nachtheil keine die innere Natur eines Rechtsbegriffs bestimmende Kategorieen sind oder sein können, mit andern Worten, statt aus der Wesenheit und dem juristischen Charakter der Rechtsbegriffe heraus die Nothwendigkeit einer Willenseinigung, resp. das Gegentheil derselben zu suchen und zu finden, wird die an und für sich dem Rechtsgebiet heterogene Kategorie des materiellen Vortheils oder Nachtheils zur Basis der Lösung einer rein juridischen Controverse genommen. Ich glaube deshalb nicht, daß damit die richtige Formel gewonnen ist, selbst wenn man von der Unrichtigkeit des Satzes seinem Inhalte nach (für einen Augenblick) abstrahiren wollte.

Wir kommen nun zur Abhandlung von Fritz und zu dessen Erläuterungen zu Wening-Ingenheim Band I Heft II.

Fritz hat im 8. Band des civilistischen Archivs S. 389 ff. folgende Grundsätze aufgestellt:

I. bei nur deferirten Rechten ist keine Acceptation nöthig.

II. bei schon erworbenen Rechten ist eine einseitige Renunciation nur dann wirksam, wenn das Aufgegebene zunächst Niemanden zufallen soll; sobald aber die in dem fraglichen Rechte liegenden Vortheile auf einen Andern übergehen sollen, sobald ein Anderer durch die Renunciation gewinnen soll, muß dieser die Renunciation acceptiren.

Er sucht nun diesen Satz durch Erörterung der einzelnen

Klassen der hieher gehörigen Fälle nachzuweisen, indem er sagt:

a) bei den Forderungen sei Willensübereinstimmung unbedingt und allgemein zugestanden, beim Nachlaß derselben mit einigen Ausnahmen [9]).

b) bei den dinglichen Rechten unterscheidet er:

1. ein Pfandrecht kann nur vertragsweise erlassen werden;
2. bei den persönlichen Servituten seien die Verbindlichkeiten eng verbunden mit der Berechtigung, so daß das Aufgeben derselben keine wahre Renunciation sei und folglich nicht hieher gehöre; bei den dinglichen Servituten fordert er Acceptation zur Gültigkeit der Entsagung nach Analogie des Forderungs- und Pfandrechts.
3. bei der Superficies, Emphytheusis und dem feudum sagt er, daß diese nicht daher gehören, als mit Verbindlichkeiten eng verbundene Rechte.

c) bei den Familienverhältnissen sagt er: Ehe und väterliche Gewalt begründen gegenseitige Rechte, das Aufheben derselben sei keine wahre Renunciation; von einer Renunciation auf die Vormundschaft könne keine Rede sein, der Bevormundete könne auf sein Recht verzichten; die einzelnen durch die Ehe, väterliche Gewalt und Vormundschaft begründeten Rechte lassen größtentheils keinen Verzicht zu und diejenigen, welche ihn zulassen, sind Vermögensrechte und stehen als solche unter den bereits angegebenen Grundsätzen über Forderungen und dingliche Rechte.

d) Was endlich die sogenannten Statusrechte anbelangt, so gehören sie zum Theil, weil sie gegenseitig seien, nicht hieher, zum großen Theil lassen sie keinen Verzicht zu und das ein-

---

9) A. a. O. S. 392.

zige, welches ihn zuläßt, das deferirte Erbrecht, sei schon als deferirtes Recht erwähnt.

Ueber die angeführten Pandektenstellen später.

In seinen Erläuterungen u. s. w. zu Wening-Ingenheim's Lehrbuch Buch II Heft I kommt Fritz noch ausführlicher auf den Verzicht bei Servituten zu sprechen [10]), und geht hier zunächst von dem allgemeinen Satz aus, daß es unnatürlich wäre, wenn zur Aufhebung eines erworbenen Rechtes weniger verlangt werden sollte als zur Constituirung desselben; er behauptet sodann, daß die Römer die einseitige Dereliktion des Eigenthums nicht deswegen für wirksam erklären, weil das Eigenthum ein dingliches Recht sei, sondern lediglich deshalb, weil ihre ganze Wirkung darin bestehe, daß die Sache res nullius werde. Sodann geht Fritz auf die ältere Aufhebungsweise der Servituten über und führt an, im ältern Rechte konnte jede wahre Personal- und Gebäudeservitut nicht anders als durch in jure cessio vollkommen wirksam remittirt werden, nur bei den servitutes praediorum rusticorum als res mancipi scheine auch eine Remission durch remancipatio möglich gewesen zu sein. Wenn der Weg der Caution eingeschlagen worden sei, so sei zur völligen Aufhebung des Verhältnisses durch Remission offenbar eine contraria stipulatio nöthig gewesen. Das justinianische Recht habe jedenfalls eine zweiseitige Handlung gefordert, welche darin bestanden habe, daß, wenn der Weg der Caution eingeschlagen und die Servitut durch quasitraditio begründet worden sei, es bei dem frühern Rechte bleibe und in den übrigen Fällen sei es wie in dem Falle der quasitraditio, bei welcher jedenfalls anzunehmen sei, daß die einseitige Erklärung des Berechtigten nicht hinreichend gewesen sei. Zum

10) A. a. O. S. 385—392.

Schluß geht er nun auf die Interpretation einiger Pandektenstellen ein:

der l. 4 § 12 de doli mali et met. exc. (44, 4),
l. 48 pr. l. 64 l. 65 pr. de usufr. (7, 1),
l. 6 quemadmod. servitutes amitt. (8, 6),
l. 17 comm. praed. (8, 4),
l. 21 de S. P. U. (8, 4),
und endlich
l. 34 pr. de S. P. R. (8, 3).

aus welchen wenigstens nicht hervorgehe, daß die Acceptation zur Gültigkeit eines Verzichts auf eine Servitut nicht nöthig sei.

Prüfen wir nun diese von Fritz aufgestellte und von uns ausführlicher excerpirte Theorie im Einzelnen, so werden wir sie in wesentlichen Beziehungen nicht als richtig erkennen können. Wir beginnen zunächst mit den in dem civilistischen Archiv niedergelegten Sätzen.

Dem Verfasser kann zugegeben werden, daß es nicht richtig wäre, den Verzicht ohne Weiteres als einen einseitigen Akt zu bezeichnen und diejenigen Fälle, in welchen Genehmigung erfordert wird, als Ausnahmen anzusehen. Allein auf der andern Seite kann es auch nicht als richtig bezeichnet werden, wenn für den Verzicht als Regel die Zweiseitigkeit aufgestellt und die Fälle, in welchen die letztere nicht nöthig ist, als eine Anomalie bezeichnet werden, vielmehr wird das Richtige und später noch zu Beweisende sein, die einzelnen Klassen von Rechten in Beziehung auf diese Frage zu scheiden und dieselben nach den einzelnen Rechtsgebieten, in welchen sie auftritt, zu beantworten. Nun hält es Fritz für eine Inconsequenz, daß ein Recht durch einseitige Erklärung des Berechtigten ohne Acceptation von Seiten desjenigen, dessen Rechtssphäre durch dessen Existenz beschränkt ist, verloren gehen soll, während die Begründung eines Rechts, die doch

nicht wichtiger sei als das Aufgeben, in der Regel nicht durch einseitige Erklärung dessen, der dadurch verliert, möglich sei, sondern die Concurrenz desjenigen erfordere, der es erwerben soll. Allein hiebei ist übersehen, daß die Constituirung eines Rechts eine Verbindlichkeit von Seiten des Pflichtigen zur Folge hat und daß es deßhalb ganz natürlich ist, wenn dieß nicht ohne dessen Mitwirkung möglich ist. Aber etwas ganz Anderes ist es, wenn es sich von Ablösung einer Verpflichtung handelt und hier ist es an sich denkbar, daß dieselbe einseitig erfolgen kann, während im ersteren Fall dieß gar nicht denkbar ist. Es ist deßhalb auch hier von einer Consequenz oder Inconsequenz gar nicht zu reden, da ganz verschiedene Fälle vorliegen, bei welchen, ohne den Vorwurf einer Inconsequenz zu begründen, eine verschiedene Behandlung an und für sich möglich ist. Im §. 2 der citirten Abhandlung geht Fritz zunächst auf das deferirte Recht über und gibt das Richtige an. Sodann bespricht er den Fall der Eigenthumsdereliktion im Allgemeinen ebenfalls richtig und kommt sodann auf das Prinzip, das die ganze Frage beherrsche. Hierüber haben wir uns schon oben ausgesprochen und wir wenden uns deßhalb zu den einzelnen Fällen, welche er zur Begründung seines Prinzips ins Auge faßt. Im §. 3 spricht er von den Forderungsrechten in einer Weise, mit der auch wir einverstanden sind. Der §. 4 der citirten Abhandlung handelt von den dinglichen Rechten mit Ausnahme des Eigenthums und zwar

a) von dem Pfandrecht, bei welchem Fritz ein einseitiges Aufgeben nicht zuläßt. Die Gründe hiefür sind:

1. es reden alle Stellen, in welchen von ausdrücklicher Erlassung die Rede sei, von einem Vertrag;

2. werde in allen in den Gesetzen angegebenen Fällen einer stillschweigenden Erlassung zu dieser ein Handeln von Seiten des Verpfänders gefordert; und

3. werde sogar noch ausdrücklich die Frage aufgeworfen, ob die Acceptation auch durch den Prokurator des Schuldners wirksam geschehen könne?

Die von Fritz angeführten Stellen, soweit sie beweisen sollen, daß sie überall, wo von ausdrücklicher Erlassung die Rede sei, von einem Vertrag reden, beweisen insofern nichts, als auch diesseits nicht geleugnet wird, daß sehr häufig auf dem Weg der Uebereinkunft der Pfandnerus, wie er auf diesem Weg geknüpft, auch gelöst wird. Uebrigens enthält die citirte l. 9 §. 3 de pign. act. (13, 7) einen Anhaltspunkt dafür, daß in den Quellen auch die Möglichkeit eines einseitigen Pfandverzichts ausgesprochen ist. Nachdem nämlich diese Stelle Fälle aufgeführt hat, in welchen eine Befriedigung des Gläubigers angenommen wird und insbesondere auch den Fall, wenn der Gläubiger durch nuda conventio sich befriedigt erklärt, fährt die Stelle fort: Et generaliter dicendum est, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus est. Der hier gebrauchte Ausdruck recedere voluit scheint mir dafür zu sprechen, daß es nur auf den Willen des Gläubigers ankommt; auch der Ausdruck „recedere" scheint mir gerade auch nicht auf einen zweiseitigen Akt hinzudeuten, sondern ebenso leicht für das einseitige Aufgeben zu beweisen. Die übrigen in diesem Betreff von Fritz angeführten Citate

l. 8 §. 1, 3, 4, 5 quib. modis pignus vel hyp. solv. (20, 6)

sprechen freilich von einer vertragsmäßigen Lösung des Pfandrechts, allein hierdurch ist, wie schon bemerkt, noch nicht ausgeschlossen, daß die Römer nicht auch eine einseitige Aufhebung desselben gekannt haben. Ebensowenig beweist c. 2 in fine Cod. de rem. pignoris (8, 26) den jenseitigen Satz, indem diese von der obligatio pignoris spricht, quae consensu et

contrahitur et dissolvitur; und daß dieß richtig ist, wird auch von uns zugegeben; allein unter dem Ausdruck obligatio pignoris kann auch verstanden werden die Auflösung des Pfandvertrags, nicht die Aufgabe des Pfandrechts. Ebenso spricht endlich die l. 8 §. 2 und l. 7 §. 2 (20, 6.) hievon, ob, wenn der procurator debitoris einen Vertrag abschließt, zur Wegräumung eines Pfandrechts dem Gläubiger die exceptio doli entgegengesetzt werden kann. Allein diese Stelle zwingt nicht zu der Auslegung, die Fritz von seinem Standpunkt aus giebt.

Außerdem girbt es meines Erachtens noch positive Belege für die behauptete rechtliche Möglichkeit eines einseitigen Pfandverzichts. Hiefür spricht zunächst der Ausdruck remissio pignoris, welcher nach seiner verbalen Bedeutung sowohl ein einseitiges als ein zweiseitiges Aufgeben eines Pfandes heißt. Der Ausdruck remittere kommt insbesondere auch bei der remissio juramenti vor und hier unterliegt es keinem Zweifel, daß dieser Erlaß auch wirksam ist, selbst wenn der Gegner noch nichts davon erfahren hat, er somit ihn nicht acceptirt hat [11]).

Sodann kommt die dingliche Natur des Pfandrechts in Betracht, die eine einseitige Auflösung des Pfandrechts mit sich bringt. Hiebei ist es unleugbar, daß gerade die besondere Eigenthümlichkeit dieses dinglichen Rechts, wodurch es sich von allen andern dinglichen Rechten unterscheidet und es in die Nähe der persönlichen Rechte bringt, ohne aber es zu einem solchen zu machen, sehr wohl geeignet macht, auf dasselbe in der hier behandelten Frage einen Einfluß zu üben und so kommt Vangerow, der im Pfandrecht ein mehr persönliches Recht sieht, dazu, die Acceptation beim Verzicht auf dasselbe für nothdig zu halten. Ist man aber, wie ich glaube, mit mehr Grund der Ansicht, daß das Pfandrecht ein dingliches Recht ist, das

11) l. 41 dig. de jur. (12, 2).

nur durch den Zweck und durch den Gegenstand seines Substrats in seiner Artung bestimmt ist, so glaube ich, daß man mit logischer und juristischer Nothwendigkeit zu der Ansicht gelangen muß, daß dem Pfandgläubiger ein unbedingtes Recht auf einseitige Aufhebung des Pfandrechts zustehen muß. Betrachtet man nämlich die Natur des dinglichen Rechts, wie sie Wächter II. S. 292 ff. in so vortrefflicher Weise entwickelt, betrachtet man, daß vermöge des dinglichen Rechts ein Gewaltsverhältniß der berechtigten Person zum Gegenstand desselben in einer Weise eintritt, daß die Berechtigung unmittelbar auf das Object derselben geht, daß eine unmittelbare Beziehung des Subjects auf das Object des Rechts stattfindet, ohne daß, wenn es einmal bestellt ist, eine subjektive positive Bindung vorhanden ist, bedenkt man die Consequenzen, die aus diesem scharf abgegrenzten Rechtsbegriff Wächter mit bekannter Meisterschaft zieht, insbesondere die, daß der dinglich Berechtigte ohne Dazwischenkunft irgend einer Person innerhalb der ihm zustehenden Rechtsbefugniß mit diesem Recht schalten und walten kann nach Belieben, daß an und für sich dem dinglich Berechtigten gar keine Person gegenübersteht, gegen die er Verbindlichkeiten oder welche gegen ihn solche hat, und daß es schon als eine besondere Anomalie angesehen wird von unsern Quellen, wenn ein dingliches Recht auch eine persönliche Seite hat, so ist gar kein Raum vorhanden für eine Acceptation des Verzichts. Ist nämlich das dingliche Recht ein nach seiner Constituirung von jeder positiven Persönlichkeit eines Verpflichteten nicht inficirtes, steht es gewissermaßen nur auf sich, nicht aber auf den Schultern eines persönlich Obligirten, so sehe ich in der That nicht ein, wie das Aufgeben dieses Rechts plötzlich die Mitwirkung einer Person erheischt. Man wird mir zwar entgegenhalten, daß auch zur Entstehung desselben diese Concurrenz besteht, allein hier ist sie unbedingt nöthig und

logisch und juridisch gar nicht zu beseitigen. Etwas ganz Anderes aber ist es, wenn das dingliche Recht besteht und es sich von der Entsagung handelt. Hier ist eine einseitige Handlung an und für sich möglich und juristisch denkbar. Damit soll nicht gesagt sein, daß diese einseitige Entsagung auch nur das einzig Mögliche ist, denn es kann gar kein Zweifel sein, daß der dinglich Berechtigte mit dem, der dadurch in der Unbeschränktheit seines Rechts verkümmert und beeinträchtigt ist, darüber verhandeln und auf dem Wege der Uebereinkunft eine Aufhebung herbeiführen kann. Aber dem Begriff des dinglichen Rechts nach, dem Begriff der Souveränetät desselben, möchte ich sagen, nach Abschluß desselben, seiner Unabhängigkeit in Betreff der Person, hinsichtlich der Ausübung und der Wirksamkeit desselben erscheint eine einseitige Aufhebung ideell adäquater und folgerichtiger und deßhalb darf dieselbe auch nicht verneint werden, wenn wir auch keine positive Belegstellen in unsern Gesetzen dafür hätten, wenn auch die Quellen nur Fälle eines zweiseitigen Verzichtsakts enthalten würden. Allein wir sind auch in dieser Beziehung nicht ganz im Stich gelassen. Einmal können wir die Analogie des Urtypus der dinglichen Rechte, das Eigenthum, für uns anführen, sodann werden wir später bei den Servituten dieselbe Wahrnehmung machen, daß sie ohne Zuthun des Verpflichteten aufgegeben werden können; insbesondere werden wir hier verschiedene Ausdrücke finden, die dieses einseitige Aufgeben von Servituten aufs Prägnanteste feststellen.

Es fragt sich nun, um wieder auf das Pfandrecht zurückzukommen, ob die eigenthümliche Natur des Pfandrechts, wie sie Wächter II. 316—319 vortrefflich auseinandersetzt, eine Ausnahme von dem Grundsatz erfordert, den wir als aus der specifischen Beschaffenheit des dinglichen Rechts überhaupt abgeleitet haben. Die Eigenthümlichkeiten des Pfandrechts bestehen nun im Wesentlichen, um sie kurz zusammenzufassen,

a) in der accessorischen Natur desselben,

b) in der nur vorübergehenden Einwirkung auf das Pfandobject,

c) in der Möglichkeit, daß dasselbe auch kein dingliches Recht sein kann,

d) endlich in der Extensität desselben.

Allein all' diese Momente haben keinen Einfluß auf den uns beschäftigenden Punkt (abgesehen davon, daß das Pfandrecht in bestimmten Fällen kein dingliches Recht ist); die Hauptsache, die unmittelbare Beziehung auf ein Object, und ein Bestehen und eine Wirksamkeit des Rechts ohne Thätigkeit eines Dritten ist auch hier vorhanden und somit auch die rechtliche Zulässigkeit eines einseitigen Verzichts zugleich als Folgerung gegeben. Wenn sich Fritz in der angeführten Abhandlung S. 393 endlich auf die l. 7 §. 2, l. 8 §. 2 quibus modis pign. (20, 6) beruft, so sprechen diese Stellen von dem Fall eines durch einen procurator debitoris abgeschlossenen Pfandnachlasses und scheint mir der Nachdruck dieser Stellen darauf zu beruhen, daß die Wirksamkeit eines von einem Prokurator abgeschlossenen Vertrags besprochen wird. Zwar wird Fritz dieß nicht leugnen und er sagt auch, daß gerade diese Frage gar nicht aufgeworfen werden könne, wenn der einseitige Verzicht Geltung habe. Allein hiegegen ist zu beachten, daß sehr oft eine Uebereinkunft, z. B. als Theil eines andern Vertrags, das Pfandrecht aufzuheben beabsichtigt und der Fall gerade so geartet sein kann, daß die Aufhebung desselben erst durch die Zustimmung des andern Theils erfolgen soll und es in solchen Fällen dann die Frage sich aufwirft, ob ein procurator debitoris mit Wirksamkeit die fehlende Genehmigung geben kann. Ein solcher Fall mag dem Verfasser der genannten Stelle vorgeschwebt haben. Jedenfalls sind wir zu der von Fritz gegebenen Auslegung nicht gezwungen und wenn wir

aus erheblichen eben entwickelten Gründen zu einer andern Ansicht gekommen sind, so haben wir das Recht, ohne eine Chikanirung der citirten Stelle eine Voraussetzung zu unterstellen, wie wir sie eben angedeutet haben.

Wir gehen nun über auf die Servituten und zwar zunächst auf die persönlichen und hier begegnet uns eine Erscheinung, die zu den schlagendsten Belegen unserer Anschauung gehört. Unsere Quellen sprechen es ausdrücklich aus, daß der Usufructuar den Usufructus derelinquiren und dadurch seiner Verbindlichkeiten sich entledigen kann. Diese Stelle lautet wörtlich: Cum fructuarius paratus est usumfructum derelinquere, non est cogendus domum reficere, in quibus casibus et usufructuario hoc onus incumbit. Sed et post acceptum contra eum judicium, parato fructuario derelinquere usumfructum, dicendum est absolvi eum debere a judice. Bevor wir auf die Bedeutung (und Tragweite) dieses Satzes eingehen, halten wir es für nöthig, zunächst Einiges über die dem Nießbraucher obliegenden Verpflichtungen zu sagen. Diese in den Quellen enthaltenen Verpflichtungen, wie sie in der Regel in den Lehrbüchern aufgeführt sind, bilden die normale Bedingung des Genusses des Nießbrauchs und können selbstverständlich vermindert, aber auch verschärft werden durch vertragsmäßige oder auch einseitige Bestimmungen, letztere im Fall eines Testaments oder Legats; sie bilden nur ein naturale negotium. Nehmen wir nun den Fall, daß Einer einen Nießbrauch verkauft hat um eine jährlich zu zahlende Summe, ohne über den Punkt des Erlöschens desselben etwas zu bestimmen, so kann nach der angeführten Stelle es keinem Zweifel unterliegen, daß der Nutznießer das Recht hat, beliebig den Nießbrauch aufzugeben. Es fragt sich aber nun, ob eine in den Vertrag aufgenommene Clausel, wornach auf dieses Recht Verzicht geleistet wird, Wirksamkeit hat? Wir

scheint diese Frage bejaht werden zu müssen, da diese einseitige Verzichtsbefugniß zwar aus dem Wesen des ususfructus hervorgeht, aber anderntheils nicht so entschieden dazu gehört, daß der Begriff durch Ausscheidung dieses Moments wesentlich nothleidet und sodann praktische Rücksichten meines Erachtens den an und für sich aus der juristischen Consequenz fließenden Satz modificiren dürften. Setzen wir z. B. den Fall, daß ich Jemand auf Lebzeiten durch einen Vertrag den Nießbrauch an meinem Gut einräume gegen eine jährliche Entschädigung unter Verzicht auf beliebige Dereliktion, so dünkt es hart und dem praktischen Bedürfnisse entgegen, daß der Usufructuar jeden Augenblick das Recht haben sollte und hat, den Nießbrauch einseitig aufzugeben. (Ich würde es in solchen Fällen für richtiger halten, wenn die juristische Logik und Begriffsconsequenz der Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit geopfert würde, ob ich gleich keinen bestimmten Anhaltspunkt hiefür in unsern Quellen zu finden im Stande war.) Um nun aber nach dieser kleinen Excursion auf die Hauptfrage für uns zurückzukommen, so haben wir das bestimmteste Zeugniß in den Quellen für den Satz, daß der ususfructus einseitig aufgegeben werden kann, trotzdem daß Verbindlichkeiten damit verbunden sind, die dann mit der Dereliktion des Rechts auch für die Zukunft wegfallen. Um nun für diese Verbindlichkeiten, soweit sie mit einem dinglichen Recht correspondiren, den richtigen Gesichtspunkt zu finden und speciell nun in der Erscheinung, daß sogar dingliche mit Verbindlichkeiten gemischte Rechte einseitig aufgegeben werden können, darf man nicht unbeachtet lassen, daß dieselben sich dem dinglichen Rechte anschmiegend nur eine ganz untergeordnete, gleichsam accessorische Natur haben und deßhalb von der Schwerkraft des dinglichen Rechts ganz beherrscht werden. Fritz hingegen stellt die Sache in dem Lichte dar, daß die persönlichen Servituten mit Verbind-

lichkeiten eng verbunden seien, so daß das Aufgeben derselben keine wahre Renunciation sei und folglich nicht hierher gehöre. In der Anmerkung hiezu setzt er hinzu: übrigens könne der Usufructuar den Usus fructus einseitig aufgeben und sich dadurch von seinen Verbindlichkeiten für die Zukunft befreien. Hiedurch verrückt Fritz den Gesichtspunkt und setzt in eine Anmerkung das, was er in den Text hätte aufnehmen sollen; er macht zur Ausnahme, was er zum Princip hätte machen sollen, da meines Erachtens es nicht gerechtfertigt ist, die einzige Quellenstelle, die über die vorliegende Frage sich ausspricht, auf den Isolirschemel zu setzen. Auch der andere Satz, daß hier gar nicht von einer Renunciation die Rede sein kann, wegen der mit dem Rechte eng verbundenen Verbindlichkeiten, erledigt sich durch das oben Gesagte. So haben wir bis jetzt das Resultat, daß der Ususfructus als dingliches Recht einseitig aufgegeben werden kann. Zwar stellt Wächter[11]) die Sache so dar, daß er sagt: den Nießbrauch an einer fremden Sache kann ich zwar durch eine einseitige Handlung aufgeben und die Sache dem Eigenthümer zurückstellen und dadurch von den mit dem Nießbrauch verbundenen Lasten für die Zukunft mich befreien, wenn auch der Eigenthümer nicht zustimmt; allein mein Recht geht erst verloren, wenn der Eigenthümer den Verzicht annimmt, so daß ich, so lange dieß nicht geschieht, den Verzicht zurücknehmen und mein Recht mir erhalten kann. Allein von diesen Sätzen ist nur so viel richtig, daß der Usufruktuar durch die Derelinktion den Nießbrauch derselben herrenlos macht und daher, so lange der Eigenthümer nicht denselben occupirt, denselben wieder an sich nehmen kann ganz entsprechend dem Eigenthümer, der eine Sache derelinquirt, nur mit dem Unterschied, daß blos er und der Eigenthümer

11) Handbuch II. S. 646.

den derelinquirten Usussfructus occupiren kann, da bei jedem Dritten die zum Erwerb desselben erforderlichen Bedingungen nicht vorhanden sind; der Nießbrauch ist nämlich ein höchst persönliches Recht, der nur den Rückfall an den Eigenthümer oder an den gewesenen Usufructuar zuläßt. Dieß folgt aus den Grundsätzen über Dereliktion, nicht aber die Spaltung, die Wächter hinsichtlich des Nießbrauchs und des Rechts macht, die unseres Erachtens nicht gemacht werden kann. Es ist freilich praktisch kein großer Unterschied. Man könnte zwar auf den ersten Blick auf Grund des §. 3 Inst. de usufr.[12]) in einem solchen Fall annehmen, daß der Nießbrauch bei dem Nießbraucher bleibe, allein dieß wäre falsch, da nämlich die angeführte Stelle von einer beabsichtigten Uebertragung eines Nießbrauchs handelt, hier aber es sich von einer originären Erwerbsart handelt.

Oben wurde gesagt, daß, wenn in Folge eines Vertrags ein Nießbrauch Jemanden eingeräumt wird, auch hier die Dereliction möglich sei, aber nichts darüber bemerkt, ob er von der Gegenleistung, die für die Ueberlassung desselben ausbedungen wurde, liberirt werde. Ueber diesen Punkt bemerkt Savigny[13]) mit Recht, daß der Fructuar sich von seinen (dem Nießbrauch selbst fremden) Gegenleistungen aus diesen Verträgen einseitig nicht befreien kann, so daß er das Kaufgeld oder Pachtgeld stets zahlen muß, wenn ihn nicht der Eigenthümer durch Vertrag frei giebt.

Wächter führt noch für seine Auffassung den in den Quellen vorkommenden Ausdruck usum cedere proprietario an; allein mit diesen Worten wird für seine Behauptung deßhalb nichts bewiesen, weil wir ganz und gar nicht

12) Ueber deren Auslegung in Verbindung mit l. 66 de jure dotium s. Vangerow's Lehrbuch S. 842 ff.

13) Bd. IV. S. 547 unten und 548.

in Abrede ziehen, daß auch auf diesem Wege ein Nießbrauch aufgegeben werden kann und diesem Wort das usumfructum derelinquere gegenübersteht.

Was nun die übrigen persönlichen Servituten anbelangt, so ergiebt sich für uns aus dem oben Angeführten die Consequenz, daß auch sie einen einseitigen Verzicht zulassen und steht dieser Consequenz kein Quellenzeugniß entgegen, wie, was wir gern zugeben, auch keines dafür vorhanden ist.

Wir kommen nun zu den Realservituten, über welche sich Fritz nicht blos in der citirten Abhandlung, sondern in noch weitläufigerer Weise in den schon oben angeführten Erläuterungen u. s. w. zu Wening-Ingenheim's Lehrbuch des gemeinen Civilrechts II. Kap. 3. S. 385—392 ausläßt. Nehmen wir zunächst die Abhandlung im civilistischen Archiv in die Hand, so wird dort zugegeben, daß von den dinglichen Servituten nirgends gesagt werde: ob eine Acceptation zur Gültigkeit der Entsagung auf dieselbe erforderlich sei oder nicht. Hingegen wird auf die Analogie des Pfandrechts und der Forderungen Bezug genommen. Allein hierüber wurde schon gesprochen und ist es überflüssig, auf dieses Argument nochmals einzugehen. Ebenso glaube ich mit Fritz, daß aus der von ihm citirten Quellenstelle nicht mit der nothwendigen Sicherheit ein argumentum e contrario gezogen werden kann. Die Stelle ist die l. 34 pr. de P. P. R. (8, 3), welche eine interessante Consequenz aus der Untheilbarkeit der Realservituten und die dadurch bedingte Unmöglichkeit, daß derjenige, der Miteigenthümer der dienenden Sache wird, nicht im Stande ist, auf die Servitut zu verzichten in Anwendung des Satzes, daß servitutes pro parte amitti non possunt. Es ist nun Fritz zuzugeben, daß aus dieser Stelle nicht erschlossen werden kann, daß zur Gültigkeit eines solchen Verzichts, wenn er überhaupt möglich wäre, Acceptation nicht nöthig sei; dem

Papinian kam es offenbar nur darauf an, die rechtliche Unmöglichkeit eines derartigen Verzichts festzustellen und er hatte gar keinen Grund, auf die weitere Frage einzugehen, die uns beschäftigt, nachdem er die Unmöglichkeit eines derartigen Verzichts überhaupt dargethan hatte. Wenden wir uns nun zu der größeren Ausführung, die Fritz in seinen Erläuterungen giebt.

Hier sagt Fritz zunächst: es wäre auffallend, wenn das Römische Recht zur Aufhebung eines erworbenen Rechts weniger als zu seinem Erwerb erfordere, und beruft sich auf die l. 35. 153 de R. J. (50, 17). Allein daß diese Stellen schon im neueren Römischen Recht, noch mehr aber im heutigen Recht einen großen Theil ihrer Wichtigkeit verloren haben, darüber sehe man Savigny IV. S. 544, wozu noch kommt, daß sie blos von Obligationen sprechen, während wir von jura in re aliena handeln. Fritz sagt sodann weiter: ein Satz, der auch bei der Dereliction des Eigenthums Anwendung leidet, indem hier durch eine einseitige Handlung der Gegenstand wieder zur res nullius gemacht wird, wie er, wenn er es schon früher einmal gewesen war, durch einseitige Occupation zur res alicujus gemacht wurde. Wir geben zu, daß auf eine solche Weise die Dereliction vor sich gehen kann, aber der Verfasser wird nicht leugnen, daß auch eine ganz andere Dereliction vorkommen kann, d. h. daß Jemand auch eine durch Tradition erworbene Sache derelinquiren kann und somit beweist sein ohnedieß zu absolut gefaßter Satz nichts, indem hiemit dargethan ist, daß das Römische Recht eine leichtere Entäußerung als Erwerbsweise kennt, ein Gedanke, der ohnedieß meines Erachtens gar nichts Sonderbares enthält. Ebensowenig sonderbar ist es, daß die Pflicht zur Bestellung einer Servitut schwerer aufgegeben werden kann, als die Last einer bestellten Servitut; denn wer einmal sich daran gewöhnt, den Gesetzen der juristischen Logik zu folgen, der wird sich darüber

nicht wundern, daß dieses Resultat die Folge ist. Wenn sodann Fritz einen Unterschied zwischen der Dereliction einer Sache und einer Servitut feststellt, um damit die Analogie der Eigenthumsdereliction zur Entscheidung der uns zunächst beschäftigenden Frage zu beseitigen, so kann man ihm diesen Unterschied zugeben; allein man sieht nicht ein, warum dieser factische Unterschied in juristischer Beziehung ins Gewicht fallen soll. Nun kommt Fritz auf die verschiedene Betrachtungsweise der Dereliction, wie sie sich bei den Römern in der l. 2 pro derelicto (41, 7) ausspricht, und sagt hierüber, aus dieser Stelle gehe hervor, daß die Römer die einseitige Derelíktion des Eigenthums nicht deßwegen für wirksam erklärten, weil das Eigenthum ein dingliches Recht sei, sondern lediglich deßwegen, weil ihre ganze Wirkung darin besteht, daß die Sache res nullius werde. Allein diese Argumentation ist unrichtig; denn lassen wir auch alles Uebrige dahingestellt, so viel steht fest, daß ein einseitiger Akt die Sache herrenlos macht und wenn wir uns fragen, wie dieß kommt, so können wir nichts Anderes sagen, als daß diese Wirkung aus der Natur des Eigenthumsbegriffs herfließt. Denn das ist gerade das Entscheidende, daß das einseitige Aufgeben die Sache zu einer derelicta macht und in der Stelle speciell die Ansicht verworfen ist, daß die hinzutretende Tradition von Seite eines Dritten diesen Effect erst hervorruft. Nun geht Fritz über auf einen rechtshistorischen Beweis und dann auf den Zustand in den justinianischen Rechtsbüchern. Man kann in dieser Beziehung ihm seine rechtsgeschichtliche Darstellung vollkommen zugeben. Insbesondere wird es keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß in dem frühern Römischen Recht die remancipatio und in jure cessio die gewöhnlichen Formen zur Erlöschung einer Servitut waren und daß in diesem symbolischen Akte eine Zweiseitigkeit enthalten war; ferner daß, wenn eine Servitut

durch eine Stipulation mit Caution bestellt wurde, die directe wirksame Aufhebung durch eine contraria stipulatio nur möglich war; ferner daß bei den prätorischen Servituten, welche unter dem Schutz des Prätors stehend durch quasitraditio constituirt wurden, es dahin gestellt bleiben muß bei der Beschaffenheit unserer Quellen, nicht blos ob zur Aufhebung der Servitut eine Aufhebung des Besitzstandes, sondern auch ob der bloße Vertrag oder ein einseitiger Akt hinreichend war. Daß in dem vorjustinianischen Recht das Bestellen wie das Aufhören einer Servitut eine zweiseitige Handlung war, hängt aber nicht mit der innern Natur derselben zusammen, sondern mit der Form, in welche das Römische Recht in seiner Jugendlichkeit alle Rechtsgeschäfte in seiner sinnlich-plastischen Weise einkleidete. Im justinianischen Recht fiel dieses Gewand, in welches der Rechtskörper, möchte ich sagen, gehüllt wurde, und wir haben daher nur noch den nackten und unverhüllten Rechtsbegriff vor uns; die abstrakte und farblose Rechtssubstanz hat sich aus ihrer Umhüllung herausgeschält. Im justinianischen Recht kann daher, wie Fritz richtig bemerkt, von einer in jure cessio und einer mancipatio nicht mehr die Rede sein bei der Remission einer Servitut sowohl wie bei ihrer Bestellung. Hingegen beruft sich Fritz auf den Ausdruck cedere usumfructum zum Beweis für die Zweiseitigkeit der Remissionshandlung; allein die l. 48 pr., l. 64, l. 65 pr. de usufr. (7, 1) haben ganz andere Ausdrücke zur Bezeichnung des Verzichts auf eine Servitut, woraus gerade folgt, daß die eine Art des Verzichts so gut möglich ist als die andere. Wenn sodann Fritz auch von Begründung einer Servitut durch Caution und durch quasitraditio spricht, so kann ich erstere nicht mehr für praktisch halten, da sie nur ein Nothbehelf für das vorjustinianische Recht war und mit diesem gefallen ist. Die quasitraditio hingegen ist keine Begründungsart für sich, sondern sie setzt einen

Vertrag voraus und kommt nur als eine äußere Thatsache hinzu, die freilich auch ihre rechtlichen Folgen hat. Zuletzt kommt nun Fritz auf eine Reihe von einzelnen Stellen zu sprechen, die wir mit ihm einer Würdigung unterwerfen. Was die erste von ihm citirte Stelle, die l. 4 § 2 de doli mali et met. except. (44. 4), betrifft, so kann man ihm zugeben, daß diese weder für die Nothwendigkeit der Acceptation noch gegen dieselbe beweist. Wenn er hingegen die 3 weitern Stellen, welche ihrem ganzen Inhalt nach Folgendes sagen:

1) l. 48 pr. Dig. de usufr. Si absente fructuario heres, quasi negotium ejus gerens, reficiat, negotiorum gestorum actionem adversus fructuarium habet, tametsi sibi in futurum heres prospiceret. Sed si paratus sit, recedere ab usufructu fructuarius, non est cogendus reficere, sed actione negotiorum gestorum liberatur.

2) Cum fructuarius paratus est usumfructum derelinquere non est cogendus domum reficere, in quibus casibus et usufructuario hoc onus incumbit. Sed et post acceptum contra eum judicium, parato fructuario derelinquere usumfructum, dicendum est absolvi eum a judice debere.

3) l. 65 pr. eod. Sed quum fructuarius debeat, quod suo suorumque facto deterius factum sit, reficere, non est absolvendus licet usumfructum derelinquere paratus sit. Debet enim omne quod diligens paterfamilias in sua domo facit et ipsi facere.

nicht gelten lassen will als Beweisgründe für den einseitigen Verzicht, so ist er gewiß im Unrecht. Es ist richtig, daß diese Stellen zunächst von den Verbindlichkeiten sprechen, die auf dem ususfructus ruhen und welche nach ihnen durch Derelliction des Ususfructus beseitigt werden können. Nun

sagt Fritz, er könne in diesen Aeußerungen keinen Ausspruch darüber finden, was zu dem Verlust des Usus fruktus durch Remission gehöre. Allein hat denn der in diesen Stellen wiederholt gebrauchte Ausdruck derelinquere so gar keine Bedeutung, liegt darin nicht schon ein vollständiger Aufschluß über die Frage, für deren Entscheidung er in diesen Stellen so gar nichts findet? Liegt denn hierin nicht das schlagendste Argument für die rechtliche Wirksamkeit eines einseitigen Verzichts auf den ususfructus? Ferner sagt Fritz, es lasse sich recht gut denken, daß gewisse Lasten von dem Augenblick an nicht mehr getragen werden müssen, wo der Usufructuar erklärt, er trage sie nicht mehr, indem er den Usus frukt selbst nicht mehr ausüben wolle, und daß dessenungeachtet die Servitut, so lange nicht ein weiterer Akt hinzukomme, nicht von selbst, sondern nur durch längern Nichtgebrauch verloren gehe und deshalb finde er auch nicht einmal, daß implicite Etwas gesagt werde, was sich mit dem Satze, daß Servituten durch einseitiges Aufgeben nicht verloren gehen, nicht vertrüge. Allein man sehe die citirten Stellen unbefangen an und frage sich sodann: hätten die Juristen sich so ausdrücken dürfen und können, wenn sie den von Fritz ausgesprochenen in abstracto wohl möglichen Gedanken hätten aussprechen wollen? Hätte von einem usumfructum derelinquere die Rede sein können? Und wie will sich Fritz überhaupt erklären, daß sich Jemand von den Lasten und Verbindlichkeiten, die ihm obliegen, einseitig befreien kann, wenn nicht gerade dadurch, daß er annimmt, die onera seien nur eine Accidenz des dinglichen Rechts und können, weil letzteres einseitig aufgegeben werden kann, zugleich mit ihm durch einseitigen Act abgewälzt werden? Wenn endlich Fritz meint, es scheine ihm, als ob die in den Quellen so oft vorkommende Erwähnung des Verlusts der Servituten durch längern Nichtgebrauch sich kaum

anders erklären lasse, als dadurch, daß sie durch einseitige Dereliction noch nicht verloren gehen, so konnte er zu dieser Bemerkung nur dadurch kommen, daß er an die Voraussetzungen des Verlusts einer Servitut durch non usus gar nicht gedacht hat, welche ganz andere sind als bei dem Verzicht auf eine Servitut. Der non usus setzt eben weiter nichts voraus als eine factische Nichtausübung der Servitut, in welcher Absicht und Tendenz ist ganz gleichgültig, während beim Verzicht gerade das Willensmoment der wesentlichste Bestandtheil dieses Begriffs ist. Mit demselben Rechte könnte man sagen, die Verjährung von Obligationen (Klagenverjährung) sei nicht recht erklärlich neben der Verzichtsbefugniß auf Obligationen. Verjährung und Verzicht sind zwei Rechtsinstitute, die sehr gut neben einander bestehen können, ob nun der Verzicht ein ein- oder zweiseitiger Akt ist oder nicht, da dieselben ihren rechtlichen Motiven und ihren Voraussetzungen nach ganz verschieden sind und nur ihrer Wirkung nach sich gleichen; die Coexistenz zweier Rechtsbegriffe ist aber nur dann nicht möglich, wenn sie sich in allen Beziehungen decken und identisch sind.

Hinsichtlich der übrigen von Fritz citirten Stellen:

l. 6 quemadmod. servit. amitt. (8, 6),

l. 17 comm. praed. (8, 4),

l. 21 de S. P. U. (8, 2),

l. 34 pr. de S. P. R. (8, 3),

wird von ihm selbst zugegeben, daß sie weder für noch gegen gebraucht werden, und so können wir diese Stellen auf sich beruhen lassen mit dem von dem Gegner gemachten Zugeständniß, daß sie gegen unsere Ansicht nichts enthalten. Hiemit schließen wir unsere Polemik gegen die Fritz'sche Ausführung hinsichtlich des Verzichts bei Servituten.

Bei der Emphyteuse, Superficies und dem Lehen sagt

Fritz, daß sie nicht hieher gehören, als mit Verbindlichkeiten eng verbundene Rechte. Auch Savigny (IV. S. 548) sagt, daß der Emphyteute und Superficiar aus seinem Rechtsverhältniß nicht willkürlich austreten könne; denn die daneben stehende Verpflichtung zu positiven Leistungen, die bei dem Nießbrauch etwas Zufälliges, Fremdartiges seien, sei bei diesen Rechten ein wesentlicher Bestandtheil des Rechtsverhältnisses selbst. Allein es ist die Frage, ob diese Auffassung die richtige ist. Zwar in der l. 3 Cod. (XI, 62) de fundis patrim. et saltu. de emphyt. et eorum cond. entscheiden die Kaiser Valentinian und Valens einen einzelnen Fall dahin, daß eine Dereliktion nicht zulässig sei; allein mit Recht ist hiegegen schon bemerkt worden, daß diese Stelle nach der Ueberschrift des Titels und nach ihrem ganzen Inhalt sich auf die fundi patrimoniales beziehe und jedenfalls ist es zweifelhaft, ob dieselbe eine weitergehende Beziehung hat. Ist somit dieses Argument zweifelhaft, so spricht die dingliche Natur der Emphyteuse für die Dereliktionsmöglichkeit. Zwar hält dem Savigny entgegen, daß die bestehenden Verpflichtungen ein wesentlicher Bestandtheil des dinglichen Rechts seien. Allein hiebei ist zu beachten, daß, wenn dieß der Fall wäre, die Privationsbefugniß des dominus emphyteuticus eine sehr große Anomalie wäre, indem die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit von der einen Seite sonst dem andern Theil nicht die Befugniß einräumt, das ganze Verhältniß zu lösen. Es ist aber diese Befugniß eingeräumt und sie scheint mir gerade zum mindesten die Befugniß des Gegentheils herauszufordern, auch seinerseits einseitig das Emphyteutverhältniß zu lösen. Es ist damit wenigstens ein Moment dafür gegeben, daß der obligatorische Charakter dem Verhältnisse kein so wesentlicher ist. Sodann spricht auch der Umstand — wenn auch nur in untergeordneter Beziehung — für die Möglichkeit der einseitigen

Aufhebung des Verhältnisses, daß die Verpflichtungen, die gegenseitig übernommen werden, sich decken in der Regel, so daß kein Theil einen wesentlichen Vortheil aus ihm ziehen soll. Ist dem so — und das sind die meisten Fälle — so hat die einseitige Auflösung desselben auch keinen vermögensrechtlichen Nachtheil und scheint deshalb das obligatorische Moment eine Accidenz zu bilden und die Behauptung Savigny's nicht gerechtfertigt, daß die Verbindlichkeiten einen so wesentlichen Bestandtheil bilden. Uebrigens beschränke ich mich auf diese wenigen Andeutungen, da die Emphyteuse wohl kein praktisches Institut ist und das Nähere über diese Streitfrage zu finden ist bei Glück, Commentar Bd. VIII S. 530—538.

Was von der Emphyteuse gilt, gilt ebenfalls von der Superficies, nur daß bei ihr eine Bestellung durch einen Vertrag wie Kauf, Schenkung u. s. w. möglich ist und, soweit dies der Fall ist, auch das beim Usufruktus oben Gesagte seine Bedeutung hat [14]).

Im § 5 der oft angeführten Abhandlung von Fritz [15]) kommt er nun auf den Verzicht bei Familienverhältnissen zu sprechen und unterscheidet zwischen der Ehe, der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft im Ganzen von den einzelnen dadurch begründeten Rechten, womit wir vollkommen einverstanden sind.

Was nun die Ehe anbelangt, so kann hier ein Verzicht schon deshalb nicht vorkommen, als dieses Institut publici juris und deshalb der beliebigen Einwirkung der Eheleute entzogen ist, in die Sphäre des Verzichts hingegen nur dasjenige fällt, was Gegenstand des freien Vertrages bildet.

---

14) L. 1 de superf. (43, 18).
15) Civil. Archiv VIII. S. 394.

Was sodann die väterliche Gewalt anbelangt, so bemerkt Fritz mit Recht, daß sie gegenseitige Rechte begründet und schon deshalb nicht hieher gehört. Allein in den verschiedenen Phasen, die das Institut der väterlichen Gewalt durchlaufen hat, war der Verzicht theils möglich theils nicht. In den ältesten Zeiten, wo der Hausvater unbeschränkter Herr seiner Kinder war und die Persönlichkeit der letzteren beinahe ganz unterging, war consequenter Weise möglich, daß der Vater einseitig die Gewalt aufhob und seine Kinder der väterlichen Gewalt auch gegen ihren Willen enthob. Im spätern Römischen Recht, in welchem die Persönlichkeit des Hauskinds immer mehr zur Geltung kam und insbesondere die vermögensrechtliche Seite derselben sich stetig ausbildete, kommt es darauf an, wie man den übrigbleibenden Charakter der väterlichen Gewalt ansieht. Nimmt man mit Puchta (Pandekten § 432) an, daß die Eigenthümlichkeit der patria potestas in ihrem Einfluß auf das Vermögen, dem Erwerb des Vaters durch das Kind bestehe und sich hierin erschöpfe, so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß der Hausvater auf diesen vermögensrechtlichen Vortheil verzichten kann, denn so gut er auf den einzelnen Erwerb verzichten kann, ebenso gut kann er auf die Quelle, deren Ausflüsse die einzelnen Erwerbungen sind, verzichten, auf die väterliche Gewalt, immer nur vorausgesetzt, daß sie blos einen vermögensrechtlichen Charakter hat. Allein ich gestehe, daß ich mit dieser Ansicht schon auf dem Standpunkt des Römischen Rechts mich nicht befreunden kann, unterlasse es aber hier, mich näher auf diese Frage, die Stoff zu einer selbstständigen Abhandlung bildet, einzulassen, um so mehr, als unser neustes Recht über die Natur der väterlichen Gewalt keinen Zweifel läßt. Denn so viel nehme ich an (was freilich auch wieder bestritten ist), daß nach deutschem Recht die väterliche Gewalt ein Inbegriff von Rechten und

Pflichten ist, daß der Hausvater nicht blos berechtigt ist, seine Kinder in materieller Beziehung zu benützen, sondern daß diesem Rechte die Pflicht correspondirt, für sie zu sorgen, eine Schutzpflicht dem Schutzrecht gegenübersteht[16]). Ist dem so, so hört die Verzichtsbefugniß auf.

Gehen wir auf die Vormundschaft über, so ist dieselbe ein munus publicum und kann als solches deshalb nicht als Verzichtsgegenstand angesehen werden mit Ausnahme einiger Ausnahmsfälle, die namentlich aufgeführt sind.

Wenn nun aber Fritz meint, der Bevormundete könne auf die Vormundschaft verzichten, so begreife ich diesen Satz nicht. Glaubt derselbe, daß ein Minderjähriger an einem schönen Morgen seinem Vormund erklären kann: Ich will keinen Vormund mehr; geben Sie mir gefälligst mein Vermögen? Fritz hat aber übersehen, daß die Bevormundung nicht ein jus privatum in dem Sinne ist, daß sie in den Bereich der Willkür fällt, sondrrn daß sie auf dem Boden der Staatspolizei und Staatsfürsorge steht und deshalb von dem Belieben des Einzelnen unabhängig ist.

Richtig ist, wenn Fritz die einzelnen durch Ehe, väterliche Gewalt und Vormundschaft begründeten Rechte größtentheils dem Verzichtsgebiet entzieht und nur, soweit sie reine Vermögensrechte sind, demselben unterwirft und sie dann unter die angegebenen Grundsätze über Forderungen und dingliche Rechte stellt. Ebenso richtig ist, daß die sogenannten jura status zum großen Theil keinen Verzicht zulassen, weil sie größtentheils über dem Privatwillen stehen. Ueber das deferirte Erbrecht, das wir nicht hieher rechnen, siehe oben. —

Hiemit schließen wir den Streit über die Frage, ob Acceptation zur Gültigkeit des Verzichts überhaupt nöthig sei,

16) Gerber, Deutsches Privatrecht § 240. 2.

und haben gefunden, daß es nicht richtig sei, in den Verzichtsbegriff schon dieses Moment aufzunehmen, da bei den dinglichen Rechten und den deferirten Rechten eine Acceptation nicht erforderlich ist, hingegen bei den Forderungsrechten unbedingt die Gültigkeit und Wirksamkeit des Verzichts von der Genehmigung des Gegentheils abhängt. Wir gehen nun nach dieser längeren polemischen Erörterung auf den positiven Theil unserer Aufgabe über, der aber gerade durch die erstere um ein Bedeutendes erleichtert und vereinfacht wird, indem es sich hauptsächlich davon handelte, bei der von uns in Angriff genommenen Revision des Verzichtsbegriffs die Falschheit der bisherigen Deduktionen, die Irrthümer und Ungenauigkeiten, die sich bei denselben eingeschlichen haben, nachzuweisen, und wenn dies gelungen ist, so ergeben sich die positiven Elemente des Begriffs sehr leicht. Wir haben gewissermaßen nur das Facit aus unserer Polemik zu ziehen, da, nachdem wir die Schlacken entfernt haben, der Begriff in seiner Reinheit und Wahrheit von selbst sich gibt.

Unter Verzicht verstehen wir nun das Erlöschen eines Rechts in Folge einer darauf gerichteten Willenserklärung, sei es nun einer einseitigen oder einer zweiseitigen, sei es nun, daß sie sich in einer Besitzentäußerung verkörpert oder nicht; sei es auf ein gegenwärtiges oder künftiges Recht.

Der Verzicht gehört zu den allgemeinen Endigungsarten von Rechten und es ist daher nicht unpassend, über dieselben überhaupt etwas zu sagen. Betrachten wir die einzelnen Rechtsverhältnisse, wie sie im Rechtssystem verzeichnet sind, im Allgemeinen, so kommt ihnen eine naturgemäße Entwicklung zu; sie haben gewissermaßen ihren dem organischen Lebensprozeß verwandten Gang, der aus ihrer innern Natur und der ihnen durch das positive Recht gegebenen Gestaltung herfließt und wir können das, was die Quellen vom peculium

profectitium sagen: **Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini,** wenn auch nicht in allen Beziehungen, doch in den hauptsächlichsten auf alle Rechtsverhältnisse anwenden. Nehmen wir zunächst ein Forderungsrecht, z. B. das Darlehen, so besteht dessen durch seine rechtliche Struktur gegebener normaler Lauf darin, daß seine Entstehung bedingt wird durch die Hingabe von Geld oder andern Sachen an einen Dritten in der Weise, daß dadurch Eigenthum erworben wird; daß sein Leben sich weiter darin äußert, daß der Darlehensempfänger in einem auf Zurückgabe des Empfangenen gerichteten Verhältnisse steht; eine in der Regel mit ihm verbundene Aeußerung besteht darin, daß der Empfänger am Geburtstage des Darlehens einen Zins zahlt und daß es schließlich sein natürliches Ende (Tod) darin findet, daß das Empfangene zurückbezahlt wird.

Nehmen wir ein dingliches Recht, z. B. das Eigenthum, so besteht sein Anfang in den verschiedenen Erwerbsgründen desselben, sowie das ihm innewohnende Lebensprinzip darin, daß der Eigenthümer die Sache benützt, Früchte aus ihr zieht, und überhaupt dieselbe nach allen Beziehungen zu verwerthen sucht. Man sieht freilich auf den ersten Blick einen durchgreifenden Unterschied zwischen diesen beiden Hauptgattungen von Rechten; während das persönliche Recht seiner Natur nach ein vis à vis schafft, das dasselbe trägt und hält und das deshalb auch sein Verenden nothwendig macht, hat das dingliche Recht dieses Gegenüber nicht, steht ganz auf eigenen Füßen und hat deshalb auch den Charakter einer bleibenden, dauernden, stabilen Herrschaft. Eine weitere Phase und Wandlung, die mit dieser normalen Entwicklung des Rechts im Einklang steht, ja sogar durch den lebendigen Fluß des Verkehrs, dem das Recht dient, gefordert wird, geht vor sich, wenn ein bestehendes Recht in

die Hand eines Dritten übergeht, wenn ein Forderungsrecht cedirt oder ein dingliches Recht auf einen Andern übertragen wird. In diesen Fällen beginnt das übertragene Recht nicht ein neues Leben, es ändert nur seinen Herrn und seinen ursprünglichen Träger, während es selbst in seiner Existenz und seiner Beschaffenheit im Wesentlichen nicht geändert wird. In diesen Fällen kann man nicht streng genommen von einer Endigung des Rechts sprechen, da nur ein Wechsel Statt hat. Ganz anders aber verhält es sich, wenn nicht blos die Person des Berechtigten geändert wird, sondern das Recht selbst in seinem Bestand durch eine Thatsache, die diese rechtliche Wirkung hat, getroffen und vernichtet wird, sei es nun, daß das vernichtete Recht seinem Inhalt nach, seiner Substanz nach zwar auf einen Andern übergeht, aber nicht der Form nach, sei es, daß dasselbe ganz aufhört. Ersteres, die Identität des Inhalts, aber nicht des Rechts, ist bei der Ersitzung der Fall, Letzteres bei der Klagen- und andern Verjährung und dem Verzicht. Es ist bei der erstern allgemein zugegeben, daß derjenige, welcher auf dem Weg der Ersitzung etwas erwirbt, nicht als Rechtsnachfolger anzusehen ist, sondern daß er einen ganz selbstständigen und unabhängigen Erwerb hat[17]), so daß er nur den thatsächlichen Inhalt des ersessenen Rechts von dem Andern erhält, aber weiter auch nicht. Handelt es sich bei der Ersitzung von dem Erwerb eines Rechts, so handelt es sich bei der Verjährung und dem Verzicht von dem Verlust eines Rechts, und wenn auch beide letztere das Moment gemeinsam haben, daß beide eigentliche Erlöschungsgründe von Rechten sind, so unterscheiden sie sich doch andererseits sehr wesentlich von einander. Während die Verjährung auf mehr publicistischem Boden in dem Sinne beruht, daß sie aus Er-

17) S. Wächter, Würtembergisches Privatrecht II. S. 612.

wägungen des allgemeinen Wohls und der höhern Nützlichkeit, welche auf die Festigkeit und Sicherheit der Rechtsverhältnisse hinstreben, hervorging, hat der Verzicht lediglich in der freien unbeschränkten Bewegung, welche im Allgemeinen das Civilrecht dem Privatwillen gewährt, seinen Grund, ein Satz, der seine praktische Consequenz darin zeigt, daß die Beseitigung der Verjährung durch einfache Uebereinkunft nicht möglich ist, während der Verzicht an dieser Beschränkung nicht Theil nimmt, soweit nicht gerade durch die Natur des einzelnen Instituts der Verzicht überhaupt bei ihm ausgeschlossen ist. Während bei der Verjährung der Macht der Zeit im Recht der ihr gebührende Einfluß eingeräumt wird, wird beim Verzicht dem Willen an und für sich die Kraft beigelegt, daß er in die normale Entfaltung der Rechtsverhältnisse eingreift und denselben ein vorzeitiges und abnormes Ende bereitet, eine Anschauung, die sich in dem Satz reflektirt, daß Verzichte im Zweifel nicht anzunehmen und möglichst strikt auszulegen sind. Er ist eine Endigungsart eines Rechts, das dem organischen Verlauf desselben nicht entspricht, sondern gewissermaßen eine gewaltsame Vernichtung seines regelmäßigen Gangs ist. Hiemit soll keineswegs getadelt sein, daß das positive Recht den Verzicht in reichem Maße zuläßt, denn die persönliche Freiheit und Willkür hat auf dem Gebiete des Privatrechts eine sehr weitgehende Berechtigung.

Treten wir nun der aufgestellten Verzichtsdefinition näher, so stimmt sie mit der Wächter'schen insoweit überein, als auch sie fordert, daß das fragliche Recht nicht auf einen Andern übertragen wird. Dieses Moment wird am prägnantesten durch den gebrauchten Ausdruck „Erlöschen" bezeichnet, wodurch die totale Vernichtung des Rechts scharf bestimmt ist. Allein dieses Moment gibt dem Verzichtsbegriff noch nicht seine ganze specifische Färbung, indem sonst auch die Usucapion ein

Verzicht wäre, da, wie schon oben bemerkt, bei dieser auch ein Recht erlischt, ohne daß es auf einen Andern übertragen wird und somit bei ihr dieses erste Kennzeichen des Verzichts vollkommen da ist. Es ist daher noch weiter wesentlich, daß das Erlöschen des Rechts in Folge einer darauf gerichteten freien Willenserklärung geschieht. Erst hiedurch, durch den hierauf gehenden Willensakt des Verzichtenden erschöpft sich der rechtliche Inhalt des Verzichts.

Noch sei es erlaubt, geleitet von der Ansicht, daß sich ein Begriff um so schärfer und klarer abhebt, wenn er mit den ihm nahestehenden, aber doch wieder verschiedenen Typen in Parallele gestellt wird, um die Sphäre des Verzichts noch schärfer abzugrenzen, auf Rechtsindividualitäten einzugehen, die mit ihm einige Verwandtschaft haben. Zu diesen Verwandten des Verzichts rechne ich den Vergleich und die Schenkung. Um nun kurz die Unterschiede anzudeuten, so hat der Vergleich das Distinguirende, daß er eine res dubia voraussetzt, d. h. einen zweifelhaften Rechtsanspruch, und stets ein oneroser Vertrag ist; die Schenkung hingegen stets eine Veräußerung, stets ein lukratives Geschäft ist, wobei noch zu beachten, daß auch der Verzicht in der Form einer wahren Schenkung vorkommen kann.

VI.

Das Autor- und Verlagsrecht

als strafrechtlich zu schützendes

Recht ¹).

Von

Dr. Hermann Ortloff in Jena.

„Nicht allein der Schutz des Eigenthums ist die Aufgabe des Rechtsstaates, sondern auch der Schutz der Arbeit und des Arbeitsverdienstes.

Freiherr von Cotta in der württemb. Kammer am 26. Juli 1838.

Einleitung.

Es wurde jüngst wiederholt der Gedanke ausgesprochen, daß der Nachdruck den Charakter eines wirklichen, öffentlichen

---

1) Das hier veröffentlichte Material sollte das erste Capitel einer Monographie: „Das Autorrecht und der strafrechtliche Schutz gegen dessen Verletzungen", bilden, mußte aber davon losgetrennt werden, da der Verf. in der immer noch für den juristischen Buchhandel und die Schriftstellerei sehr drückenden Zeit keinen Verleger gewinnen konnte. Das den strafrechtlichen Schutz des genannten Rechts betreffende Material erscheint in dem Gerichtssaal, 1862, und in Haimerl's österr. Vierteljahrsschr. 1861, letztes Heft und 1862, erstes Heft.

Verbrechens in der Gegenwart erhalten müsse [2]). Diese Forderung scheint eine innere Berechtigung in sich zu tragen und es dürfte von Seiten der Dogmatik des Strafrechts, welche nicht minder als die des Privatrechts mittelst der Construction aus rationellen und empirischen Sätzen der Gesetzgebung vorarbeiten und der Praxis Material zur Ergänzung der Lücken des positiven Rechts liefern soll, eine Prüfung der Frage, ob die unbefugte Vervielfältigung und Veröffentlichung literarischer und artistischer Erzeugnisse und das Plagiat in das Gebiet des Strafrechts gezogen werden könne, an der Zeit sein.

Es ist ein gefährliches Unternehmen, ein Verbrechen etwa in das Volk hinein zu construiren, wenn es an den Grundlagen dazu fehlt, d. h. wenn nicht schon Anschauungen über die Strafwürdigkeit einer Handlung im Volke wurzeln. Das Minimum für die Begründung und Aufstellung eines Verbrechensbegriffes durch die Wissenschaft und Gesetzgebung ist immer das Vorhandensein einer im Volke lebenden, wenn auch nicht zur förmlichen Rechtsüberzeugung gediehenen Anschauung, daß eine als unsittlich geltende Handlung eine öffentliche Strafe nach sich ziehen müsse, also wenigstens das vage Bewußtsein der Nothwendigkeit einer bürgerlichen Reaction durch ein allgemeines Verbot und eine für dessen Nichtbefolgung zu vollziehende Strafdrohung. Daß ein solches Bewußtsein überhaupt im Volke existirt, wer wollte das leugnen; spiegelt es sich nicht in dem Gewissen des Einzelnen? Ist es nicht die reinste Erkenntnißquelle des bürgerlich Erlaubten, so lange es nicht von krankhaften Zeitströmungen getrübt wird? Auf

---

2) v. Gerber in den Jahrbüchern für Dogmatik des Privatrechts (1859) III. S. 375. M. Lange, Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigenthum. Schönebeck, 1858, § 10. Besonders aber schon im Jahr 1848 A. W. Volkmann, Neue Jahrbücher für sächsisches Strafrecht V. S. 199—211 u. ff.

der Anerkennung des Volksrechtsbewußtseins durch die Rechtsverständigen als Repräsentanten des zum Sachverständigenstandpunkt erhobenen Volksbewußtseins beruht die Vorlage aller Rechtsgesetzgebungsarbeiten an die Landesvertretung in den Landtagen und Kammern. Daß jedoch diese gerade und wirklich das Volksrechtsbewußtsein abspiegeln, ist eine staatsrechtliche Fiction des Constitutionalismus, die wie alle Fictionen auch einmal trügen kann. Indessen bleibt den irdischen Einrichtungen stets der Mangel des relativ Vollkommenen, und so betrachtet man die Prüfung der Arbeiten der Gesetzgebungsausschüsse oder Regierungsvorlagen, welche den Sachverständigenstandpunkt einnehmen, von Seiten der Volksvertreter, mögen sie bloß Laien oder auch zum Theil zum Sachverständigenurtheil befähigte und berechtigte Männer sein, als die sicherste und größe Garantie dafür, daß nicht zum Gesetz als allgemeiner Wille und zwingende Norm erhoben werde, was nicht in der Anschauung und der Ueberzeugung des Volks begründet ist, dessen vernunft- und willenskräftiger Theil nur und gerade dem als Gesetz sich frei unterwerfen will, von dessen Nothwendigkeit oder Nützlichkeit er überzeugt ist. Aber auch nur bei der Gesetzgebung, nicht auch bei der Gesetzesanwendung, kann der Volksvertretung eine Mitwirkung mehr kritischer als constituirender Richtung zugestanden werden. So wenig dem Laienthum bei einem Volke, dessen Rechtsbildung nur vermöge gründlichster Studien begriffen werden kann und zum Gegenstand ausschließlicher Lebensthätigkeit gemacht werden muß, die beste Befähigung zur Gesetzesschaffung zugestanden werden kann, ebenso wenig vermögen Laien oder Volksrichter — Geschworene — in einem Lande, wo die Kenntniß des rechtlichen Verfahrens und die Rechtsanwendung gleichfalls dem Laienverständniß durch eine feine Ausbildung durch die Wissenschaft entzogen und zum Sachverständigenberuf geworden

ist, besser als Sachverständige die Rechtspflege zu üben. Die Befähigung zur Prüfung der Frage, ob im Allgemeinen ein Rechtssatz in der Volksanschauung ruht oder ihr wenigstens nicht widerspricht, muß auch den Laien zugestanden werden, dagegen die Befähigung zur Entscheidung einzelner Rechtsfälle, selbst nur zur Prüfung der Meinung der urtheilenden Sachverständigen, muß den Laien im Allgemeinen abgesprochen werden, weil eine solche Prüfung genügend nur von denen geschehen kann, die auch die erforderlichen einzelnen Hülfsmittel beherrschen, welche allein zu einer fach- und rechtsgemäßen Erkenntniß führen.

Daß im Volksbewußtsein die unbefugte Vervielfältigung und Veröffentlichung literarischer und artistischer Erzeugnisse als eine nicht bloß sittlich, sondern auch rechtlich unerlaubte Handlung gelte, und zwar als eine nicht bloß zur Forderung eines Ersatzes für eine dadurch erlittene Beschädigung, sondern auch zur Forderung einer Bestrafung durch die öffentliche Gewalt berechtigende Handlung zu betrachten sei, dürfte kaum zu bestreiten sein. Freilich hat es nicht an Vertheidigern jener Handlung gegen diese Auffassung gefehlt, allein theils waren sie von egoistischen Interessen bestimmt, theils verwechselten sie die Erlaubtheit des Zweckes mit der Unerlaubtheit des Mittels, theils endlich waren sie über wirkliche Rechtsbegriffe im entschiedensten Irrthum. Die gesundere Meinung hat sich nicht nur unter den Sachverständigen, sondern überall auch unter den Laien und den Volksrepräsentanten eine entschiedene Geltung verschafft.

Wenn der Sprachgebrauch zwar nicht immer auch die Begriffe in ihrer Reinheit und Schärfe abspiegelt, so ist er doch ein wichtiges Mittel der Erkenntniß von Rechts- und Sittenanschauungen in einem Volke. Sagt man doch, wenn Jemand bereits dargestellte Ideen wie seine eigenen durch den

Druck, den Musiksatz oder bildende Künste veröffentlicht, wenn man ihre Originalität kennt, der angebliche Autor habe sie „gestohlen", und bezeichnet also derartige Entlehnungen vulgär als Diebstahl, ohne natürlich den juristischen Begriff im Auge zu haben; oder man bezeichnet den Verkauf oder Tausch angeblich origineller Werke der Kunst und Wissenschaft, welche in der That aber nur Nachbildungen mit dem Scheine der Echtheit sind, als einen Betrug. Ebenso hat auch die Bezeichnung „Nachdruck" im Volksbewußtsein einen Beigeschmack einer das bloße Civilunrecht übersteigenden verabscheuungswerthen Rechtsverletzung ähnlich den gröberen Eigenthums- oder Vermögensverletzungen, in denen ein Bruch der öffentlichen Rechtsordnung liegt oder welche Verbrechen sind.

Man könnte auch dies für eine überflüssige Grübelei halten und die einfache Thatsache für ausreichend hinstellen, daß positive Rechtssätze in Deutschland existiren, welche die unbefugte Vorabbildung und Nachbildung literarischer und artistischer Erzeugnisse verbieten, und daß damit bei den verfassungsmäßigen Rechtsbildungsprozessen Deutschlands das Volksrechtsbewußtsein seinen vollständigen Ausdruck erhalten habe, daß die legislativen Gründe für den Schutz der Interessen der Autoren und Verleger, sowie des Publicums gegen derartige Handlungen ihren formellen Abschluß in den verschiedenen Gesetzen erhalten habe [3]). Nun ist es allerdings Thatsache, daß sog. Nachdrucksgesetze in Deutschland in großer Menge einen gewissen Schutz gewähren, jedoch ob dieser Schutz ein dem Volksrechtsbewußtsein wirklich entsprechender sei, ob die dadurch verpönten Handlungen in das Gebiet des Civilunrechts oder unter die Brüche der öffentlichen Rechtsordnung, in eins der beiden einzigen, dem Volksbewußtsein klar vor-

---

3) v. Gerber a. a. O. S. 309—371.

schwebenden Gebiete der Rechtsverletzungen, oder in beide zugleich falle, oder auf der Gränze zwischen beiden Gebieten liege, das ist noch keine ausgemachte Sache und darum muß sich die Wissenschaft bekümmern und, um eine Entschiedenheit an die Stelle der zweifelhaften Zwitternatur des gesetzlichen Schutzes gegen unbefugte Vervielfältigung und Veröffentlichung literarischer und artistischer Erzeugnisse zu setzen, muß sie auch auf die Gründe eingehen, welche eine gesetzliche Fixirung jenes Schutzes in dieser oder jener Art rechtfertigen, und zu diesem Behufe ist auch eine Ergründung der Volksanschauungen nicht überflüssig. So viel steht fest, daß die unbefugte Vervielfältigung und Veröffentlichung literarischer und artistischer Erzeugnisse außer in Art. 397 des baierischen St.-G.-B.'s und in § 467 des österreichischen St.-G.-B.'s nirgends in Deutschland unter die Bestimmungen der Strafgesetzbücher und also unter die Verbrechen i. w. S. als Brüche der öffentlichen Rechtsordnung aufgenommen worden ist, und wenn auch einzelne Gesetze, z. B. das preußische v. 11. Juni 1836 § 14. 15, von einem „Vergehen" des Nachdrucks reden und deshalb das für Verbrechen geordnete Strafverfahren angeordnet haben [4]), so ist doch ebenso andererseits der Gesichtspunkt einer Privatrechtsverletzung für alle unbefugte Abbildnerei festgehalten und die über den bloßen Schadensersatz hinausgehende, wenn auch hohe, Geldstrafe und Confiscation eine scheinbar mehr accessorische anstatt prinzipale. Mit der bloßen Forderung, daß dem sog. Nachdruck der „Charakter eines wirklichen öffentlichen Verbrechens, d. h. eines wegen der darin enthaltenen Verletzung der öffentlichen Rechtsordnung strafbaren

4) Anhalt-Bernburger V.-O. v. 2. Dec. 1827: „Außerdem ist gegen unbefugte Nachdrucker criminaliter zu verfahren und sind dieselben mit einer willkürlichen Geld- oder Gefängnißstrafe zu belegen."

Handelns zugeschrieben werde", ist noch wenig gewonnen, wenn man auch den sog. Nachdruck, weil er „eine mit den sittlichen Grundlagen des Gemeinlebens unvereinbare Handlung sei", durch einen allgemeinen Rechtssatz für den Fall des Antrags des Verletzten schlechtweg bedrohen zu können glaubt. Wenn die Strafgesetzgebung für einen gewissen Thatbestand, auch ohne daß ein Recht eines Individuums dadurch verletzt wird oder gerade das Motiv zur Bestrafung abzugeben braucht, eine Strafe droht und denselben den Charakter eines Bruchs der öffentlichen Rechtsordnung gibt, so muß sie dazu auch einen bestimmten, inneren Grund haben, um sich nicht dem Vorwurf der größten Willkür und Härte auszusetzen. Mit einem bloßen fait accompli kann sich keine Strafgesetzgebung begnügen. Man würde fragen, warum der Zubestrafende die Rolle spielen müsse, daß die gedrohte Strafe an ihm zur Erscheinung komme? Man müßte immer nach der inneren Berechtigung der Strafdrohung als eines abstracten Rechtssatzes fragen. Der bloße Zweck der Aufrechterhaltung des öffentlichen Friedens würde nur ein allgemeines Verbot einer Handlung aus äußerlichen und politischen Gründen rechtfertigen und die Verbrechen alle einander gleichstellen als formale Uebertretungen des Strafgesetzes als eines allgemeinen Verbotes und nicht weitere Auskunft über die Natur eines Verbrechens geben, als daß es solches ist, weil es verboten ist. Derjenige, an welchem das Strafgesetz zur Anwendung gebracht wird, erhält durch das Bewußtsein, daß er die Rechtsordnung überhaupt gebrochen und dafür Strafe zu leiden habe, keine Ueberzeugung, daß er wirklich gerecht bestraft werde, wenn ihm nicht durch Entscheidungsgründe der Conflict seiner Handlungen im Einzelnen mit dem einzelnen Inhalt des Strafverbotes klar gemacht wird, ebenso wenig der Verletzte eine hinreichende Genugthuung, wenn er sieht, daß der Staat

in seinem eigenen Interesse das „Gesetz zur Anwendung bringt“, denn gerade jener fragt nach dem inneren Zusammenhange seines Rechts mit der öffentlichen Rechtsordnung. Der prinzipale Inhalt des Strafrechtssatzes ist nicht bloß „die Bestimmung der Art der Reaction gegen einen Bruch der Rechtsordnung“, und nicht etwa ist „die Befriedigung eines Anspruchs auf Wiederherstellung eines verletzten fingirten Rechts“ ein erkünstelter Scheininhalt, sondern jener besteht in dem bestimmten Einzelrecht, mag es ein specielles Gemeinrecht oder ein Recht Einzelner sein, eine Rechts- oder Sittlichkeitssphäre, welche Theil der Rechtsordnung ist, und diese ist somit kein Scheininhalt. Eine große Anzahl von Brüchen der öffentlichen Rechtsordnung, wird dies einmal durch die Bedeutung einzelner Rechts- und Sittlichkeitskreise und Einzelrechte für die Coexistenz der Menschen, eine noch größere aber durch die prinzipielle Nichtachtung der Sittlichkeits- und Rechtsschranken. Diese beiden Momente bilden den principalen Inhalt des Strafgesetzes und von ihnen wird die Strafgesetzgebung vorzugsweise bestimmt, einen Thatbestand zum Bruch der öffentlichen Rechtsordnung zu erheben, und die Folge davon ist erst die Strafdrohung. Aber dieser Inhalt muß auch aus dem Strafgesetz hervorgehen, damit Richter, Verletzte und Verletzer und das gesammte Volk ihn verstehen und beherzigen kann. Ein bloß abstractes Verbot genügt eben deshalb nicht. Die Verbrechen müssen unter einander, damit sie ihren specifischen Inhalt gegen ihren Gattungsbegriff klar und deutlich, also ihr Wesen, ihre Einzelnatur richtig erkennen und begreifen lassen können, nach ihrem Einzelobject unterschieden und dürfen nicht bloß nach dem Gegenstand, der allen gemein ist, der öffentlichen Rechtsordnung, gekennzeichnet werden; insonderheit muß sich aus der Stellung des Verbrechens im Systeme des Strafgesetzbuchs ergeben,

welche besonderen Rechte oder ethischen Sphären im Einzelnen durch einen Thatbestand angegriffen und verletzt werden[5]). Damit werden dann die einzelnen die öffentliche Rechtsordnung bildenden Rechte und Interessen der Allgemeinheit und Einzelner gehörig festgestellt und selbst durch die Erzwingbarkeit bloßer Gebote der Sittlichkeit werden bloße Interessen förmliche Zwangsrechte und Zwangspflichten, z. B. die Unterlassung der Thierquälerei und öffentliches Aergerniß bietender Handlungen. Welches Recht und warum dasselbe einen Anspruch auf Wiederherstellung gebe, ist nicht ein bloßer Scheininhalt eines Strafrechtssatzes, sondern gehört gerade mit zum Prinzipalinhalt desselben, für den Gesetzgeber jedoch noch viel mehr als für den Richter, den Verletzten, Verletzer und das Publicum; ja der Gesetzgeber kann die Frage danach nicht entbehren, weil er die Einzelnatur eines Verbrechens im Verhältniß zu anderen Verbrechen zu ergründen und erst danach dessen Eigenschaft als Bruch der öffentlichen Rechtsordnung und seine systematische Stellung im Bereiche der Verbrechen zu bestimmen vermag.

§ 1.

Den mannichfachen Versuchen gegenüber, die unbefugte Vervielfältigung und Veröffentlichung literarischer und artistischer Werke und das Plagiat als Verletzung eines bestimmten Einzelrechts darzustellen und daraus ihre Strafwürdigkeit und Verfolgbarkeit zu begründen, hat man neuerdings die Existenz eines wirklichen Rechts des Autors und Verlegers bestritten und ein solches zur Begründung der Strafbarkeit und Verfolgbarkeit jener Handlungen für entbehrlich erklärt

5) Köstlin, Neue Revision S. 357. 434. System I S. 547. John, Goltdammer's Archiv III S. 504. 510. 513. Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht I S. 19 und die Anm. 28 angeführte Literatur.

und behauptet, daß jene Handlungen an sich schon widerrechtlich und strafbar seien. M. Lange[6]) sagt: „Bestimmt ist allein die unbefugte Thätigkeit selbst, welche das Gefühl des Volks als unredlich verpönt, und der innere Grund dieses Gefühls beruht einfach auf der Differenz zwischen geistiger und mechanischer Thätigkeit. Es sträubt sich der gesunde Rechtssinn gegen die Annahme, daß über ein Resultat geistiger Anstrengung jeder Andere durch rein mechanische Thätigkeit verfügen dürfe. Wohl mag die productive Arbeit eines Autors der geistig receptiven also gleichsam ebenbürtigen Thätigkeit des Lesers hingegeben werden, fern aber soll sie rein mechanischen Handlungen entrückt bleiben.“ Er behauptet ferner[7]), daß bei Verurtheilung des Nachdrucks weniger an ein bestimmtes Recht des Autors als an die Natur der verpönten Handlung selbst gedacht werde, so daß der Nachdruck im letzten Grunde den Charakter einer wahrhaft criminellen Widerrechtlichkeit trage; die Frage nach der Widerrechtlichkeit des Nachdrucks könne daher unabhängig von der Frage nach der Existenz und Natur eines Autorrechts bestehen, sofern überhaupt das Dasein einer Autorthätigkeit vorliege, gegen welche eine Nachdrucksthätigkeit sich vergehe. Auf der einen Seite habe man es mehr mit der criminellen Handlung, auf der andern ausschließlich mit der Existenz und Verletzung eines Privatrechts zu thun und dieser Unterschied sei auch von Seiten der Gesetzgebung zu berücksichtigen; die theoretisch genaue Präcision, deren scharfe Begründung der Wissenschaft zufalle, sei von der praktischen Rücksicht, unter allen Umständen zunächst positiven Schutz zu schaffen, überboten worden. Die privatrechtliche Natur des eigentlichen Autorrechts sei für manche specielle

6) In der bisher zu wenig beachteten Schrift: Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigenthum. Schönebeck, 1858, S. 37.

7) A. a. O. S. 39. 50—53.

Verhältnisse, wie zwischen Autor und Verleger von Wichtigkeit, dagegen beim Vergehen des Nachdrucks, für das die specielle Natur des verletzten Rechts gleichgültiger sei, kämen die Grundsätze eines Criminalcodex zur Geltung; es genüge im Allgemeinen das Dasein eines Rechts, in welchem entweder ein Interesse der Persönlichkeit oder des Vermögens durch eine Handlung verletzt werden könne, die an sich schon in der Ueberzeugung des allgemeinen Rechtsgefühles verwerflich erscheine. Hieraus ergäben sich für die speciellen Bestimmungen der Gesetzgebung die leitenden Grundsätze und der Bundesbeschluß vom 9. November 1837 bilde eine wirklich normale Basis für die Specialgesetzgebung, da seine ganze Fassung eine Criminalanschauung vom Wesen des Nachdrucks, unter unmittelbarer Anknüpfung an die Thätigkeit des Nachdrucks und ohne besondere Rücksichtsnahme auf das Autorrecht, biete und darin das allgemeine Rechtsbewußtsein der Widerrechtlichkeit des Nachdrucks einen wirklich congruenten Ausdruck gefunden habe. Wiederholt weist Lange auf den „Grundcharakter des Nachdrucks als einer an sich widerrechtlichen Handlung" hin. Er hat, wie sich alsbald ergeben wird, wirklich auf geistreiche Weise ein Privatrecht des Autors im Betreff der literarischen und artistischen Erzeugnisse construirt und zu begründen versucht, allein anstatt daran anzuknüpfen, sieht er bei Begründung der Criminalität des Nachdrucks wieder gänzlich von dem Autorrecht ab und stellt seine Begründung allein auf das Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühl des Volkes, welches in Anerkennung der Differenz zwischen geistiger und mechanischer Thätigkeit die beliebige mechanische Verfügung eines Dritten über das Resultat geistiger Arbeit verbiete und als criminell strafbar betrachte. Die criminelle Widerrechtlichkeit des Nachdrucks soll nach Lange vorzugsweise in der Natur der ihn ausmachenden verpönten Handlung liegen; diese Handlung

an sich soll eine widerrechtliche sein und doch muß wenigstens nach Lange's eigener Angabe im Allgemeinen ein Recht davon berührt werden, welches entweder ein Interesse der Persönlichkeit oder ein Vermögensinteresse begreift. Unwillkürlich wird Lange, indem er von seinem construirten Privatrecht des Autors absehen zu können glaubt, wieder auf ein Recht im Allgemeinen, mindestens auf ein Interesse, als Gegenstand der verletzenden Handlung hingedrängt und es ergiebt sich daraus gerade, daß die Handlung des Nachdrucks an sich oder die sie erfüllenden Einzelacte ohne Hinsicht auf ihre Richtung und Wirkung und besonders ohne Hinsicht auf ihren Gegenstand unmöglich im Volksbewußtsein als verpönte gelten können. Nicht also die bloße mechanische Thätigkeit bei der Handlung des Nachdrucks vermag als widerrechtlich angesehen zu werden, sondern daß sie gegen ein Recht verstößt, welches in einem Gegenstand sich concentrirt, auf den sich jene Thätigkeit richtet. Dieser Gegenstand ist eben das literarische und artistische Werk und der Inbegriff der daran haftenden Interessen und Befugnisse des Autors oder Verlegers in das Recht, welches unantastbar sein und von Dritten geachtet, nicht verletzt werden soll. Ehe das Volksrechtsbewußtsein jene Acte der Nachdruckshandlung als widerrechtliche ansehen kann, muß es den Grund feststellen, warum die an sich unschuldigen Aeußerungen der mechanischen Thätigkeit oder der Vervielfältigung von Geisteserzeugnissen widerrechtlich und verpönt sein sollen. Die ursprüngliche Natur der Handlung ist ja weder unsittlich noch verstößt sie gegen irgend ein abstractes Recht der Allgemeinheit. Der Grund, aus dem das Rechtsgefühl im Volke den Nachdruck als widerrechtlich und verpönt bezeichnet, beruht allerdings auf der Anerkennung „einer Differenz zwischen geistiger und mechanischer Thätigkeit“. Aber was heißt das anders, als das Volk erkennt an, daß der

Autor eines Werks einen Inbegriff von Befugnissen an seinem Werk hat, als die Früchte seiner Arbeit, welche ihm von einem Dritten, weil er an jener Arbeit keinen verdienten oder zugestandenen Antheil hat, nicht auf unverhältnißmäßig billige Weise geschmälert oder angegriffen werden dürfen. Der Autor soll sich die Vortheile seiner Arbeit dadurch sichern, daß er allein über die Form und Verbreitung seiner Gedanken unter die Menschen verfügt, daß er mithin von der Veräußerung seines Geisteswerks jeden Dritten, dem er sie nicht gestattet, ausschließen darf, daß also die Realität seiner Interessen oder Befugnisse in der Ausschließung jeder nicht von ihm gestatteten Verfügung über sein Geisteswerk beruht. Darin liegt der Inhalt des Rechts des Autors und Verlegers, ihr Rechtsanspruch, welchem die Rechtspflicht aller Uebrigen, nur den gestatteten Gebrauch von dem Geistes- oder Kunstwerk zu machen, namentlich die Interessen und Befugnisse des Autors nicht durch willkürliche Verfügung über die Form und Verbreitung des Werks zu beeinträchtigen, gegenüber steht. Beides, sowohl Rechtsanspruch, als auch Rechtspflicht, Ausschließung nicht Befugter von der mechanischen Vervielfältigung und der Veröffentlichung literarischer und artistischer Werke und Enthaltung aller Unbefugten davon, vereinigt sich in dem Begriff der begränzten Unantastbarkeit des Gegenstandes, des literarischen oder artistischen Werks. Diese fordert das Volksrechtsbewußtsein; das Motiv dieser Forderung ist, wie später zu zeigen sein wird, ein Satz der Billigkeit, welcher zum Rechtssatz erhoben wird.

Das Anerkenntniß einer wenigstens begränzten Unantastbarkeit der literarischen und artistischen Werke ist die nothwendige Voraussetzung, um Handlungen der mechanischen Vervielfältigung oder Veröffentlichung solcher Werke als unbefugte, widerrechtliche, verpönte, als Verletzungen bezeichnen

zu können. Dann erst, wenn derartige, an sich erlaubte Acte sich auf einen für unantastbar bezeichneten Gegenstand richten, werden sie Handlungen gegen ein Verbot, einen Rechtssatz, ein Recht im subjectiven Sinn und erhalten die Natur oder Eigenschaft der Verbotswidrigkeit, Widerrechtlichkeit, der Rechtsverletzung. Das Resultat ist, daß nicht, wie Lange behauptet, die widerrechtliche Natur des Nachdrucks schon in der bloßen mechanischen Vervielfältigung eines Werks von Seiten eines Dritten nach der Volksanschauung gefunden werde, sondern daß er seine widerrechtliche Eigenschaft erst aus der thatsächlichen Verneinung der Anerkenntniß der Unantastbarkeit eines Geistesproducts nach der Volksanschauung erhält, lediglich durch die Richtung der Handlung auf einen Gegenstand, dem die Volksansicht die rechtliche Eigenschaft der Unantastbarkeit in gewisser Beschränkung beilegt, eine Eigenschaft, welche für die Personen Rechtsansprüche und Rechtspflichten enthält. Kurz, die Volksansicht verbietet den Nachdruck nicht als an sich unerlaubte, etwa sittlich oder rechtlich an sich verwerfliche Handlung, sondern weil sie auf einen nach der Volksansicht geschützten oder zu schützenden Gegenstand, um welchen sich Rechtsansprüche und Rechtspflichten drehen, gerichtet ist. Die Sicherung der Befugnisse des Autors an seinem Werk ist die teleologische Idee, welche sich durch das Verbot der willkürlichen Verfügung eines Dritten über ein Geistes- oder Kunstwerk hindurchzieht, und der Ausgangspunct bleiben eben doch Befugnisse, oder das Recht des Autors oder Verlegers im subjectiven Sinn. Der Schutz dieses Rechts, von der Volksüberzeugung zu einem nothwendigen und erzwingbaren gestempelt, bildet den Inhalt des Verbotes willkürlicher Vervielfältigung oder Veröffentlichung eines literärischen oder artistischen Werks, den Inhalt des betreffenden Rechtssatzes. Das erwähnte Verbot und der

sich hierauf beziehende Rechtssatz würde zunächst nur der Privatrechtsordnung angehören und eine Verletzung desselben eine Entschädigungsforderung begründen. Allein er muß, was noch zu begründen ist, auch ein Glied in der öffentlichen Rechtsordnung sein, kann dies jedoch eben erst vermöge seiner vorerwähnten Eigenschaft als Privatrechtssatz zum Schutz eines Rechts im subjectiven Sinn, ebenso wie das strafrechtliche Verbot des Diebstahls erst den das Eigenthum schützenden Privatrechtssatz voraussetzt. Die Handlung selbst vermag, wenn das Recht im subjectiven Sinn nicht verletzt wird, bei derartigen Verbrechen nicht als Verletzung der öffentlichen Rechtsordnung angesehen zu werden. Schon der bloße Verzicht des Eigenthümers auf sein Recht, die Einwilligung in die Entziehung seiner Sache hebt den Begriff der Verletzung des Privatrechts und folgeweise der öffentlichen Rechtsordnung auf; nicht anders verhält es sich mit der unbefugten Vervielfältigung und Veröffentlichung literarischer und artistischer Werke, im Besondern mit dem Nachdruck. Man kann die betreffende Handlung nicht an sich als eine verbrecherische ansehen, wenn der verletzte Einzelne den Schutz der Privatrechtsordnung nicht dagegen in Anspruch nehmen kann. Dieser ist meist die nothwendige Voraussetzung zur Begründung der Criminalität von Verletzungen von Privatpersonen. Es dürfte demnach ein vergebliches Bemühen sein, von den Interessen des Autors und Verlegers bei Begründung der Criminalität des Nachdrucks absehen zu wollen, wenn dieselbe eben nicht in der Luft stehen soll.

Es muß hier ferner auf dasjenige verwiesen werden, was der Verf. sich in der Einleitung gegen v. Gerber[8]) zu bemerken erlaubt hat. Derselbe rügt mit Recht, daß Feuerbach, um das Verbrechen als eine Rechtsverletzung darzu-

8) In den Jahrbüchern für Dogmatik des Privatrechts, III. S. 374 ff.

stellen, bei den einzelnen Verbrechen durch Aufsuchung individueller subjectiver Rechte, welche dadurch verletzt würden, äußerst künstlich zur Rettung des Prinzips eine Menge von Nichtrechten habe construiren müssen und daß dann ein Verkennen des Wesens der Strafgesetze zu Grunde gelegen habe. Es wird zugestanden, daß die Strafdrohung eine allgemeine für den Fall des Eintritts gewisser thatsächlicher Verhältnisse wirkende Verfügung enthält und ihr Zweck die Aufrechterhaltung des öffentlichen Friedens ist. Wenn aber behauptet wird, die Gesetzgebung drohe für einen gewissen Thatbestand eine Strafe nicht wegen der einem Individuum zugefügten Rechtsverletzung, sondern wegen des darin liegenden Bruchs der öffentlichen Rechtsordnung, so ist dabei nur zu bemerken, daß allerdings der Bruch der öffentlichen Rechtsordnung, mag er im objectiven oder subjectiven Thatbestand gefunden werden, das Hauptmerkmal der Criminalität einer Handlung ist; sofern aber deren Thatbestand eine Verletzung individueller Rechte oder Interessen enthält, was gerade bei den auf Antrag des Verletzten zu verfolgenden Verbrechen der Fall ist, kann der Gesetzgeber von der Natur des individuellen Rechts gar nicht absehen, weil dieses primär und prinzipal Gegenstand der ganzen Handlung ist und hier besonders die Disposition des Berechtigten und Verletzten mit in Frage kommen muß. Die „rechtliche Substanz“ des Strafrechtssatzes bildet gerade hier das verletzte Privatrecht, ohne welches weder die äußere Begehungsweise noch die vorsätzliche oder fahrlässige Uebertretung in Betracht gezogen werden kann. Gerade bei den in die Rechtssphäre der Privaten eingreifenden Handlungen muß sich der Gesetzgeber die Frage vorlegen, ob, theils wegen der Natur des verletzten Einzelrechts, theils wegen der inneren und äußeren Thatseite, theils wegen der Gefahr einer Exemplificirung derartiger Handlungen für die gesammte Rechtsordnung, eine

Subsumirung unter einen Strafrechtssatz zulässig und nothwendig sei. Daß bei derartigen Verbrechen nicht der Bruch der öffentlichen Rechtsordnung, sondern die Verletzung des Einzelnen das Hauptmoment ist, geht daraus hervor, daß die Bestrafung, nach positivem Recht und im Einklang mit der rationellen Anschauung, von dem Verletzten abhängen soll, daß dessen Wille sie ausschließen und die officielle Verfolgung derselben nur auf Antrag des Verletzten eintreten soll. Dies ist nicht bloß eine Modification „der Form der Anwendung des Strafgesetzes," sondern ein prinzipielles, aus der Natur der Rechtsverletzung als vorwiegender Verletzung eines Privat- oder Einzelrechts fließendes Moment. Die Disposition über die Verfolgung der Handlung als einer öffentlich zu bestrafenden in der Hand des Verletzten ist eine rationell begründete Folge des neben dem Rechtsprinzip noch für den Bereich der Privatrechte beschränkt anerkannten Prinzips der Freiheit des Einzelwillens [9]). Schließt die Gesetzgebung diese Disposition des Berechtigten und Verletzten über die strafrechtliche Verfolgung gänzlich aus, z. B. regelmäßig bei dem Diebstahl, so erkennt sie an, daß der Bruch der öffentlichen Rechtsordnung vor der Privatrechtsverletzung hervortrete und primär zu betrachten und bedrohen sei; dann ist allerdings der Schutz des Einzelnen secundär mit inbegriffen und „der Verletzte spielt dabei die Rolle, daß die strafbare Handlung an ihm zur Erscheinung kommt." Allein auch bei allen ex officio zu verfolgenden Verbrechen gegen Einzelne muß der Gesetzgeber auf die subjective Willkür des Verletzten insofern Rücksicht nehmen, als die Einwilligung desselben in die That die Bestrafung entweder ganz aufhebt oder modificirt; er ist also stets genöthigt, auf das Recht des

9) Vergl. H. Ortloff, Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen. §. 11—20.

Einzelnen Rücksicht zu nehmen [10]). Die einzelnen Strafgesetze, deren Anwendung in die subjective Willkür des Verletzten gelegt ist, bleiben immer allgemeine Verbote, ebenso wie Privatrechtssätze solche enthalten, aber weil die subjectiven Berechtigungen aus den Rechtssphären der Individuen vorzugsweise die rechtliche Substanz dieser abstracten Strafrechtssätze bilden, wird die Wirkung der allgemeinen Verbote in concreto von dem Willen des Berechtigten abhängig gemacht. Diese Disposition über die Geltendmachung des Strafrechtssatzes ändert gerade sehr viel an der Natur des Verbrechens und Strafgesetzes, weil hierdurch eine Handlung in die Mittelclasse zwischen dem bloßen Civilunrecht und den ausschließlichen Brüchen der öffentlichen Rechtsordnung oder dem strengen Criminalunrecht fällt, bei dessen Verfolgung der Staat die Aufgabe erfüllt, „das Recht auszuüben, d. h. die Befugniß, für Alle das Recht zu verwalten, wie ihm auch die Macht und die Pflicht zu dieser Ausübung gegeben ist, während der Privatperson nur Berechtigungen zustehen“ [11]).

Um nun zu ergründen, in welche Klasse der Verbrechen und Strafgesetze eine Handlung zu bringen sei, genügt für den Gesetzgeber keineswegs die Ueberzeugung, daß sie „eine mit den sittlichen Grundlagen des Gemeinlebens unvereinbare Handlung sei“, sondern er muß sich die Frage beantworten, warum sie dies oder eine Verletzung der öffentlichen Rechtsordnung im Allgemeinen ist, und dann namentlich die Frage, ob die rechtliche Substanz des abstracten Strafrechtssatzes in einer subjectiven Berechtigung eines Einzelnen oder ausschließlich in der Erhaltung der sittlichen Begriffe [12]) und der sie zu

10) S. v. Tippelskirch im Gerichtssaal, 1859, S. 261—276.

11) Deutsche Vierteljahrsschrift 1860. Heft II. Nr. XC.: Das Prinzip der „Strafverfolgung“. S. 259 ff.

12) Stahl, Philosophie des Rechts (1854) II. Abth. 1. S. 167.

Rechtssätzen erhebenden Rechtsordnung zu suchen ist. Diese Unterscheidung blieb von v. Gerber a. a. O. unberücksichtigt. Er begnügt sich damit, daß der Gesetzgeber nur davon auszugehen habe, „daß der Nachdruck eine mit den sittlichen Grundlagen des Gemeinlebens unvereinbare Handlung sei", und daß er diese daher durch einen allgemeinen Rechtssatz für den Fall des Antrags des Verletzten mit einer Strafe zu bedrohen habe; aber die Frage, warum nur auf Antrag des Verletzten, bleibt ebenso unbeantwortet, wie die Frage, warum der Nachdruck mit den sittlichen Grundlagen des Gemeinlebens unvereinbar sei. Allerdings ist das Autorverhältniß, soweit es sich um Subsumirung des Nachdrucks unter ein Strafgesetz handelt, oder soweit dieser als Verbrechen mit Strafe bedroht werden soll, ein Theil des Thatbestandes, aber dieses Verhältniß kann nicht „als ein durchaus factisches Verhältniß" betrachtet werden, wenn es entschieden rechtlicher Natur ist, was demnächst zu beweisen sein wird. Wenn auch v. Gerber ein Recht des Autors verneint, so erkennt er doch dessen „Interessen" als Gegenstand der im Nachdruck liegenden Verletzung an, aber auch vermittelst der Anerkennung solcher könnte die Ausnahme von der officiellen Strafverfolgung für den Nachdruck begründet werden, indem sie die entscheidende Substanz des Strafrechtssatzes, der nur auf Antrag des Verletzten angewendet werden soll, bilden.

Hiernach dürfte anzunehmen sein, daß die Strafgesetzgebung zur Begründung der Criminalität der unbefugten Vervielfältigung und Veröffentlichung literarischer und artistischer Werke und des Plagiats ebensowenig von der Natur der Interessen oder Befugnisse des Autors und Verlegers wird absehen können, als wie bei der Unterbringung jener Handlungen unter das System und in eine Classe der Strafgesetze.

§. 2.

Im Nachfolgenden ist nunmehr mit Benutzung einiger trefflichen Ausführungen die Begründung eines natürlichen Urheber- und Verleger-Rechts zu versuchen. Der Verf. wagt diesen Versuch selbst auf die Gefahr hin, zu denjenigen Schriftstellern gerechnet zu werden, „welche zwar das literarische Eigenthum verwerfen, darum aber doch nicht darauf verzichten, ein ursprüngliches Recht des Autors zu construiren, von welchem dann sowohl die vertragsmäßigen Rechte des Verlegers, als auch der Schutz gegen Nachdruck nur die abgeleiteten Wirkungen sind", und er bescheidet sich dann mit der Kritik, daß derartige Bestrebungen auf einem anerkennungswerthen Gefühle beruhen, indem der „Sinn für juristische Plastik" sich nicht dabei beruhigen kann, den Schutz gegen die unbefugte Vervielfältigung und Veröffentlichung literarischer und artistischer Werke nur auf einen „imperativen Rechtssatz" gestützt zu sehen, sondern statt dieser „abstracten Basis einen greifbaren Körper zu gewinnen" bemüht ist [13]).

Eine tiefer eingehende Aufführung und Kritik der erheblichsten Ansichten über den vorliegenden Stoff würde hier zu weit führen und es muß auf die Kritiken Lange's [14]) und v. Gerber's [15]) verwiesen werden. Der Schutz der Interessen des Autors und Verlegers ist einfach ein staatsgesellschaftliches Bedürfniß und die Befriedigung dieses Bedürfnisses wird im Volk als eine nothwendige anerkannt; die Achtung vor den Interessen des Autors und Verlegers wird als eine rechtlich erzwingbare von dem Volksrechtsbewußtsein bezeichnet und damit werden jene Interessen zu einzelnen Befugnissen formulirt und der Inbegriff dieser

13) S. v. Gerber a. a. O. S. 363.

14) A. a. O. Cap. 1. S. 2—32.

15) A. a. O. S. 359—364. S. 371—373 ff.

bildet das Autor- und Verlagsrecht im subjectiven Sinn. Durch Zusicherung des Rechtsschutzes erhalten die die Natur eines Rechts im subjectiven Sinn von Anfang an in sich tragenden Befugnisse oder Interessen äußerlich ihre Rechtssanction. Diese Zusicherung wird von dem Volk als nothwendig gefordert und in einem Rechtsstaat durch Vermittelung der Wissenschaft und Gesetzgebung geprüft, ertheilt und formulirt. Die geschichtlich erste Form einer Zusicherung des Schutzes der Interessen des Autors und Verlegers würde der Vertrag zwischen den Abnehmern und dem Autor oder Verleger sein, aber ein vollständiger Vertrag mit Acceptation des Vorbehalts, nur den vom Autor oder Verleger gestatteten Gebrauch von dem veräußerten Werk zu machen, also nicht etwa eine bloße Vorbehaltsklausel, worin eine Nachbildung oder ein unbefugter Gebrauch untersagt wird, ohne daß der Erwerber und Nacherwerber des Werkes ausdrücklich darein eingewilligt hätte [16]), noch weniger ist die Präsumtion dieses Vorbehalts eine reelle Erscheinung. Wo jedoch eine andere Art des Rechtsschutzes nicht existirt, ist der Vertrag mit dem Versprechen des Erwerbers, nur den vom Autor gestatteten Gebrauch machen zu wollen, und die etwaige Beifügung einer Conventionalstrafe, die Einklagung eines etwaigen aus der Uebertretung der Vertragsgränzen hervorgehenden Schadensersatzes, Veröffentlichung des Vertragsbruches u. dergl. der einfachste und natürlichste Schutz, der in der That auch heutzutage noch vorkommt, besonders dann, wenn der durch Staatsgesetze gewährte Schutz nicht umfassend genug ist oder dem Autor nicht bekannt war. Factisch geht der Inhalt eines solchen Schutzvertrages auf Untersagung einer Vervielfältigung, Veröffentlichung oder son-

16) S. diese Ansicht bei Klüber, Oeffentliches Recht des Deutschen Bundes, § 505 i. f. Lange a. a. O. S. 17.

stigen Verbreitung eines literarischen oder artistischen Werks in anderer Weise, als der Autor sie gestattet; in dieser negativen Seite liegt aber der Vorbehalt der positiven Befugniß einer ausschließlichen Verfügung über die körperliche Verbreitung der Gedankenform. Noch jeder Tag kann solche Verträge erzeugen, wie nachfolgendes Beispiel belegen mag. Ein Lehrer an einer ausländischen Rechtsacademie bereiste deutsche Universitäten und sammelte gelegentlich Material zu seinen Vorlesungen. Er bittet sich dabei von einem Docenten eine Anzahl aus dessen Heft zur Erleichterung für die Zuhörer lithographirter Bogen aus und um die Erlaubniß, davon bei seinen Vorlesungen Gebrauch zu machen, jedoch mit dem Erbieten, bei den betreffenden Stellen den Namen des Autors zu nennen. Diese Bedingung wurde natürlich von dem Docenten der deutschen Universität als die erste festgehalten, aber auch ausdrücklich noch die hinzugefügt, weil das betreffende ausländische Recht keine genügende Sicherung für diesen Fall biete, daß ein wörtliches Dictiren des Inhalts jener Bogen oder eine Vervielfältigung derselben durch Nachlithographiren oder Nachdrucken, wenn auch bloß zur Mittheilung in der Vorlesung an Studirende, zu unterlassen sei, widrigenfalls von den zuständigen Schutzmitteln, eventuell von Veröffentlichung dieses Gebahrens Gebrauch gemacht werden könnte. — Also abgesehen von jedem weiteren Rechtsschutz ergiebt schon die aus dem gewöhnlichen Leben sich gestaltende Sicherung der Autorenbefugnisse durch annähernd erzwingbare Anerkennung derselben von Seiten Dritter mittelst ausdrücklichen Versprechens, daß eben solche Befugnisse wenigstens durch die vertragsmäßig festgesetzten Nachtheile erzwingbare sein sollen und daß sie als solche, Rechte im subjectiven Sinn zu sein, geeignet sind.

Die geschichtlich zweite Form der Zusicherung eines Schutzes der erwähnten Interessen tritt in der Anrufung der Hülfe

der öffentlichen Gewalt hervor, jedoch nur für den einzelnen Fall, für das einzelne Werk, aber doch nicht bloß dem Einzelnen, sondern Allen außer dem Autor und Verleger gegenüber. Während bei der vorerwähnten Form der Autor oder Verleger von jedem Abnehmer des producirten und exemplificirten Werks sich das Versprechen der Anerkennung seiner Befugnisse ertheilen lassen muß, um sich dieselben zu sichern, sucht er hier bei der öffentlichen Gewalt für sein zu verbreitendes Werk um ein Jedermann bindendes Verbot, worin ihm ein beschränktes Recht der Ausschließlichkeit mittelbar zugesprochen wird, nach und dieses Verbot sichert ihm die Anerkennung seiner Befugnisse von Seiten des Publicums mittelst Verheißung des öffentlichen Schutzes zu. Diese Sicherung erscheint noch in der Form eines Vorzugsrechts oder Privilegs, wodurch die Befugnisse schon unter den öffentlichen Schutz durch die öffentliche Gewalt selbst gestellt werden und zwar unter den Schutz des Ausnahmerechts, welches einzelne Fälle der Allgemeinheit entzieht und mit besonderem Schutz versieht. Die einzelnen Befugnisse des Autors und Verlegers sind hier durch singulären Rechtssatz bereits als öffentlich erzwingbare, als Rechte im subjectiven Sinn anerkannt.

Die geschichtlich dritte Form der Zusicherung eines Schutzes der genannten Interessen tritt gleichfalls, jedoch mit directer Hülfe der öffentlichen Gewalt in's Dasein, indem die Gesetzgebung den vorher von der öffentlichen Gewalt nur dem Einzelnen für jedes Werk zugesicherten Schutz des einzeln anerkannten höchstpersönlichen Rechts, verallgemeinert und einen allgemeinen Rechtssatz für alle derartige Verhältnisse der Erzeugung von Geistes- und Kunstwerken aufstellt. Auch hier besteht der Inhalt des Alle bindenden Verbotes in der Ausschließung derselben von der willkürlichen körperlichen Vervielfältigung und Veröffentlichung eines Werks und in der An-

erkennung eines ausschließenden von der öffentlichen Gewalt zu schützenden Rechts aller Autoren oder Verleger. Die Erzwingbarkeit der allgemeinen Anerkennung einer jeden Autoren- oder Verlegerbefugniß in der vom Gesetz allgemein sanctionirten Beschränkung stempelt die nicht bloß für den einzelnen Fall, sondern für alle Fälle anerkannte Befugniß zu einem Recht durch allgemeinen Rechtssatz. Das Verbot mag nun einfaches und bloß zur erzwingbaren Privatgenugthuung verpflichtendes, oder ein Strafverbot oder ein zum Leiden einer öffentlich zu verhängenden Strafe verpflichtendes sein, immer werden die Befugnisse des Autors oder Verlegers dadurch rechtlich erzwingbare und dadurch selbst Rechte im subjectiven Sinn, denen Rechtspflichten aller in irgend einer Beziehung zu dem Werk eines Autors oder Verlegers Stehenden entsprechen.

Aus diesen geschichtlichen Erscheinungen würde nur erwiesen sein, daß nach der Volksanschauung die „Interessen" des Autors und Verlegers durch den ihnen gewährten oder zu gewährenden Schutz Rechte im subjectiven Sinn geworden sind, nicht jedoch daß und worin ein rationell ursprüngliches Recht des Autors als eigenes selbstständiges Recht bestehe, von welchem jener Schutz abgeleitet werde. Eben die Nachweisbarkeit dieses ursprünglichen Rechts oder eigentlich des im Factum der Erzeugung ruhenden Keims des zu schützenden subjectiven Rechts der Autoren wird neuerdings wegzudemonstriren gesucht und der Versuch eines Nachweises dieses Keimes des Autorrechts als das Product eines falsch geleiteten Gefühls juristischer Aesthetik bezeichnet [17]).

Es ist hier eine treffliche Ausführung zu erwähnen, aus der sich der innere Grund eines zu schützenden Urheberrechts ergeben wird.

---

17) S. v. Gerber a. a. O. S. 364 ff.

Volkmann[18]) hat das Verdienst, die Grundidee zuerst richtig erfaßt und meisterhaft entwickelt zu haben. Die Grundzüge seiner Deduction lassen sich in Folgendem zusammenfassen. In dem ganzen Rechtsorganismus findet sich eine sehr verschiedenartige Entwickelung der einzelnen Theile des Ganzen, d. h. einzelne Rechte haben einen hohen Grad der Ausbildung, fast eine Vollendung erlangt, während andere wieder auf einer sehr niedrigen Stufe der Entwickelung stehen geblieben sind und einer Vervollkommnung entgegensehen, welche von der Wissenschaft zu erfolgen hat. Bei der nach dem practischen Bedürfniß der menschlichen Gesellschaft und nach den sich findenden Irrungen gebildeten Abstufung sind auch Mängel in den Rechtsorganismus gekommen, wie namentlich die schroffe Ausbildung „der Lehre vom Eigenthum gegenüber dem Rechte des Menschen, von der Erde und ihren Erzeugnissen durch seiner Hände Arbeit sein Dasein zu fristen und seiner Bestimmung zuzuschreiten." Neben dem Eigenthum steht von gleicher Berechtigung im Wesen des Menschen und von gleicher Bedeutung auf der von uns erreichten Stufe der Ausbildung die Arbeit, die jedoch bisher im Staate noch nicht die gleiche Anerkennung ihres Wesens erlangt hat. „Der Werth der Arbeit im Verhältnisse zum Eigenthum kommt im Rechte nicht in Betracht, sondern lediglich ihr Rechtsschutz." Dieser nur mit dem Schutz der Person gegebene Rechtsschutz ist aber gänzlich unzureichend in einer Zeit, wo außer den von der Natur gebotenen Rohstoffen die geistige Kraft Gegenstand der Arbeit ist, deren

18) Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. VI. S. 262—282 und neue Jahrbücher für sächsisches Strafrecht, V. S. 199 ff. Kant, Berliner Monatsschrift v. Mai 1785, Metaphysische Anfangsgründe, 1797 S. 128. hat zuerst auf die persönliche Natur des Autorrechts hingewiesen. Dagegen schrieb J. Chr. Fischer, Kurzgefaßte Deduction der Rechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, Gießen, 1799.

Früchte durch den Stoff der Welt sinnlich wahrnehmbar gemacht werden. Das Erzeugniß geistiger Thätigkeit ist der Gegenstand, zu welchem das Verhältniß des Erzeugers oder Urhebers und das der übrigen Menge zu erkennen und festzustellen ist, namentlich ist zu erforschen, ob ein ursprüngliches Rechtsverhältniß unabhängig von der das Gemeinwohl im Auge habenden Gesetzgebung zwischen dem Erzeugniß und dem Erzeuger vorliege, so daß in der Verletzung jenes, wenn dies der Fall ist, eine wirkliche Rechtsverletzung, nicht aber eine bloße Polizeiübertretung begangen würde. — Mit dem Eintritt des geistigen Erzeugnisses in die Sinnenwelt steht dasselbe sowohl in einer natürlichen Beziehung zu seinem Urheber, als auch in einer künstlichen zu den das Geisteserzeugniß aus dem ihm gegebenen Gewand wahrnehmenden Empfängern. Der Urheber ist über sein Geisteserzeugniß, über die zu dessen Darstellung erforderliche Benutzung des Stoffes und über den Umfang der Mittheilung an die Menge zu verfügen unbestritten berechtigt. „Die Gesammtheit der aus der Urheberschaft sich entwickelnden Befugnisse ist das Urheberrecht. Da nun dasselbe sich nicht auf das Eigenthum an der stofflichen Darstellung des Geisteserzeugnisses beschränkt, ja eigentlich gar nicht wesentlich damit zusammenhängt, so bedarf es der Erläuterung seiner wirklichen Bestandtheile. Es besteht erstlich in dem Recht der geistigen Vaterschaft (Urheberschaft), vermöge dessen der Erzeuger allein als Urheber des fraglichen Geisteswerks in der vorliegenden Gestalt anzusehen und allein Vervollkommnungen anzubringen befugt ist, das Ganze wie die Theile umfassend. Zweitens in dem Recht der Vervielfältigung , d. h. in dem Rechte zur beliebig wiederholten stofflichen Darstellung, mit einem Worte, zu Hervorbringung von Exemplaren. Drittens in dem Rechte der Veröffentlichung, nach welchem nur der Urheber die Mit-

theilung an die Masse zu bewirken und deren Art und Weise zu bestimmen befugt ist. Viertens in dem Recht der alleinigen Benutzung des Geisteswerks zum Erwerbsmittel. Endlich fünftens in dem freien Verfügungsrecht über den ganzen Gegenstand." Aus der Urheberschaft, welche Volkmann der Vaterschaft analog hinstellt, leitet er für das Urheberrecht die Eigenschaften jener ab, daß es wie jene ausschließlich und immerwährend sei. Er hebt besonders hervor, daß die Urheberschaft nicht etwas Gegebenes und Gemachtes sei, sondern wie die Vaterschaft ihren Grund im Wesen der körperlichen Beschaffenheit und Kraft habe, in der geistigen Erzeugungsfähigkeit begründet sei. Diese geistige Erzeugungskraft ist eine Mitgabe des Schöpfers an den Menschen, vermöge deren er sich auf eigenthümliche Weise die Natur unterwirft und welche seine Existenz bedingt. Beim Gebrauch derselben wird freie Thätigkeit und Herrschaft über den Gegenstand der Arbeit verlangt und diese Seiten machen den Inhalt der angeführten Bestandtheile des Urheberrechts aus. Jene geistige Erzeugungskraft bringt der Mensch beim Eintritt in den Staat mit und der Anspruch auf ihre Anerkennung ist ebenso berechtigt wie der auf Anerkennung der übrigen Eigenschaften der rechtsfähigen Person. Die Gesetzgebung vermag wohl von einer Modification der natürlichen Freiheit des Menschen in Bezug auf die Befugnisse des Urheberrechts zu sprechen, keineswegs aber sich zu rühmen, dasselbe hervorgerufen zu haben. Der Grundgedanke der Volkmann'schen Begründung ist demnach der, daß das Urheberrecht naturgemäß sich als ein Ausfluß der Persönlichkeit des Menschen gleich der Vaterschaft und als ein Bestandtheil der natürlichen Freiheit darstellt, welcher in dem Rechtsorganismus der bürgerlichen Gesellschaft zwar nach den allgemeinen Schranken der sittlichen Freiheit modificirt,

aber nicht aufgehoben werden kann[19]). Namentlich ist sehr richtig gegen die Leugner eines ursprünglichen Urheberrechts hervorgehoben, daß sie von einem Recht der Menge, welcher das Geisteswerk mitgetheilt ist, reden und das Rechtsverhältniß nur von dem Augenblick betrachten, wo das Werk schon vervielfältigt und veröffentlicht ist, und so die Ursachen dieser Thatsachen übersehen, anstatt von der Person des Urhebers auszugehen; ferner daß sie ein unbefugt großes Gewicht auf die physische Unmöglichkeit einer Vorbeugung gegen mögliche Verletzungen legen, um daraus die Unvernünftigkeit eines Rechts abzuleiten, während sie nicht bedächten, daß, wenn das kein ursprüngliches Recht wäre, was man durch das Gesetz nicht vor der Verletzung schützen könnte, es überhaupt gar keines gebe. Jedenfalls hätten die Leugner eines Urheberrechts erst nachzuweisen, daß das Recht der Menge durch die freiwillige Mittheilung des Geisteswerks an sie ein jenes natürliche und ursprüngliche Recht des Urhebers überwältigendes oder vernichtendes sei, was sie jedoch weder durch die — unleugbar — physische Unmöglichkeit, jeden Nachdruck zu verhindern, noch durch die willkürliche Annahme einer stillschweigenden Rechtsentäußerung in der Veröffentlichung zu beweisen vermöchten. Denn die physische Unmöglichkeit, Verletzungen zu verhindern, trete überall, im Besitz und bei allen Forderungsrechten, hervor und eben deshalb könne sie für das Bestehen eines Rechts kein wesentlicher Bestandtheil sein; die Berechtigung sei es lediglich nur durch die auf einer rechtlichen Thatsache (Rechtsakte) beruhende Entstehung oder Erwerbung des Rechts, welches seine Geltung nicht in der Untastbarkeit, sondern in der Befähigung, seine Verletzung durch rechtlichen Zwang zu sühnen,

---

19) A. a. O. S. 208. Die Polemik gegen „die Vertheidiger des Nachdrucks" s. das. S. 206 ff.

bekunde. Daß die Erzeugung eines Geisteswerkes gleichmäßig wie die Vaterschaft ein solcher Rechtsact [20]) sei, sei unzweifelhaft, da sie ein Ausfluß der rechtsfähigen Persönlichkeit des Urhebers sei, welche das Recht auf Anerkennung und Schutz ihrer Handlungen und Bestrebungen innerhalb der Gränzen der sittlichen Freiheit im Staate habe; „denn Vaterschaft und Urheberschaft haben in dem Wesen des Menschen, nicht in äußerlichen Verhältnissen der bürgerlichen Gesellschaft, ihren uranfänglichen Grund, so daß sie als Rechtsverhältnisse wohl durch ausdrückliches Gesetz in den Rechtsorganismus aufgenommen, als dessen Bestandtheil anerkannt, nicht aber erst hervorgebracht werden können.“ Dagegen die weitere Annahme der Leugner des Urheberrechts, als liege in der Veröffentlichung des Geisteswerks von Seiten des Urhebers eine stillschweigende Entäußerung aller Rechte an demselben [21]), sei eine durchaus willkürliche; das Geisteswerk sei eine untrennbare, selbstständige Einheit, dessen geistige Erfassung den Einzelnen durch Vervielfältigungen oder Exemplare nur vermittelt werde, Keinen aber damit zum Eigner des Werks mache, von dem er nur ein Exemplar besitze und welches von dem Auffassenden nicht wieder als ein neugeschaffenes und doch dasselbe hervorgehen, sondern nur höchstens als Gedächtnißwerk wiederholt werden könne. Wie die Aneignung eines Gedankens, eines Geisteswerks durch die Mechanik des Gedächtnisses kein Anrecht auf die Urheberschaft an demselben verleihe, so könne noch weniger der bloße Exemplarbesitz eine solche Wirkung haben, denn das Exemplar sei nur in seiner Beziehung zum Geisteswerk, nur als dessen Träger Etwas und könne daher nie ohne dieses gedacht werden, während das Geisteswerk selbst völlig unab-

20) Von v. Gerber a. a. O. nur als geschichtliche Thatsache betrachtet.

21) S. v. Gerber a. a. O. S. 369 sub. 4.

hängig vom einzelnen Exemplare wie von der Gesammtheit derselben sei. Aus der nothwendigen, rechtlichen Scheidung des Geisteswerks von seinen Exemplaren folge, daß mit dem Verkauf eines Exemplars weder thatsächlich noch rechtlich eine Befugniß aufgegeben werde, welche dem Geisteswerke an und für sich zustehe. — Das Resultat der ganzen Begründung Volkmann's ist folgendes: „Die Befugnisse des Urhebers, die Aneignung der Urheberschaft, die Handhabung der Veröffentlichung, Vervielfältigung und des Erwerbs aus dem Geisteswerke zu verbieten, sind der Ausfluß des Urheberrechts, welches in der Urheberschaft einen mit denen (den Entstehungsgründen) aller übrigen Rechte des Menschen im Staate ebenbürtigen Entstehungsgrund in der rechtsfähigen Persönlichkeit hat und deshalb einen wirklichen Bestandtheil des Rechtsorganismus bildet."

Diese Begründung blieb in der That die vollständigste und erschöpfendste bis auf die Gegenwart. Spätere Schriftsteller, welche ein ursprüngliches Recht des Autors annehmen, begnügen sich mit der einfachen Behauptung der Existenz eines solchen. Namentlich erkennt Bluntschli[22]) an, daß das Werk als Geistesproduct zunächst dem Autor angehöre, der es erzeugt habe, nicht als eine körperliche Sache, sondern als eine Offenbarung und ein Ausdruck seines persönlichen Geistes, zwischen Autor und Werk bestehe ein natürlicher Zusammenhang, wie zwischen Schöpfer und Geschöpf, und jener habe ein natürliches Recht, daß dieses Verhältniß geachtet werde; er habe vor Allem das Recht, sein Werk für sich zu behalten und eine Veröffentlichung gegen seinen Willen zu verbieten, und Niemand habe ein Recht, den Autor wider seinen Willen öffentlich zum Publicum reden zu lassen und

22) Deutsches Privatrecht I. § 47. und Kritische Ueberschau I. S. 17.

so ein Stück seiner Persönlichkeit, seines Namens und seiner Ehre der Gemeinschaft preiszugeben; der Vermögenswerth des Werkes sei daher nicht der innerste Kern des Autorrechts und für die juristische Erkenntniß nur von secundärer Bedeutung. Auch bei Beseler [23]) findet sich neben der vermögensrechtlichen Seite des Autorrechts eine persönliche, welche in dem Rechte des Verfassers, allein und ausschließlich über die Veröffentlichung seines Werks zu verfügen, bestehe, anerkannt. Auch Harum [24]) gesteht zu, daß das Autorrecht nicht bloßes Vermögensrecht sei, sondern ein davon unabhängiges Recht des Autors, zu verbieten, daß seine Gedanken von Anderen als literarisches Werk dem Publicum vorgelegt werden, begreife. O. Wächter [25]) betrachtet das Autorrecht (von ihm Verlagsrecht genannt) als Vermögensrecht, welches dem Autor in Beziehung auf seine geistigen Erzeugnisse zukomme, allein er deducirt das Verlagsrecht als Vermögensrecht erst aus der Eigenschaft der Vermögensbeeinträchtigung durch den Nachdruck [26]), muß dann aber zugestehen, daß das Wesen dieses Vermögensrechts durch die Ausschließlichkeit bestimmt werde; die ausschließliche Nutzung des Erzeugnisses bildet nach O. Wächter den Inhalt des Verlagsrechts. Aber wenn man danach fragt, wo diese Ausschließungsbefugniß herrührt, so erfährt man hier nur, daß das Gesetz dem Verlagsrecht die Ausschließlichkeit beilege [27]). Das tiefere Recht ist demnach eine dem Autor und seinen Rechtsnachfolgern ausschließlich zustehende Befugniß, von der geistigen Thätig-

---

23) System § 228. Anm. 4.

24) Die gegenwärtige österreichische Preßgesetzgebung, § 25. S. 52.

25) Das Verlagsrecht, § 10.

26) O. Wächter a. a. O. S. 95 Z. 2—4.

27) O. Wächter a. a. O. S. 109 Z. 2.

keit einen Nutzen zu ziehen, und sobald diese Ausschließlichkeit dem Verlagsrecht entzogen werde, höre es auf, Vermögens- und Verlagsrecht zu sein. Aehnlich wäre es mit „anderen Personenrechten", z. B. dem Recht, ein gewisses Gewerbe zu treiben; dies sei ein Personenrecht und erhalte seinen vermögensrechtlichen Charakter erst durch die Ausschließlichkeit. O. Wächter leitet von der Persönlichkeit des Autors das Recht der Vervielfältigung seines Geisteswerks ab, ob aber die „Ausschließlichkeit" der Nutzung auch daher stamme, erfährt man nicht, doch ist nach dem ganzen Zusammenhang kaum etwas Anderes denkbar, wenngleich er sagt, daß das Gesetz sie beilege. Erst an einem anderen Ort [28]) in einer Anmerkung findet sich folgende Auskunft: „Der rationelle Grund des Verlagsrechts ist lediglich der Anspruch der Persönlichkeit, in der Nutzung ihrer Produkte geschützt zu werden. Haben positive Gesetze jenen Anspruch zu einem Recht erhoben, und ist dieses in einem bestimmten Erzeugniß concret geworden, so bildet die Verletzung ein Delict und erzeugt eine Obligation, zunächst auf Ersatz, somit eine obligatio ex delicto". Es wird ferner dort anerkannt, daß ein Personenrecht dem Schutze des Autors zu Grunde liege und mit seinem vermögensrechtlichen Charakter (den es durch die beigelegte Ausschließlichkeit erhalten und mit deren Entziehung verlieren soll) als Verlagsrecht, als ein Gewerberecht erscheine [29]).

Man sieht aus den Auffassungen der genannten Schriftsteller, daß sie unwillkürlich und im Grunde doch auf ein in der Person des Autors ruhendes rationelles Recht hingedrängt werden. So legt Bluntschli gerade auf den Act

28) O. Wächter a. a. O. S. 112 Anm. 5.

29) Wenn auf die Ausschließlichkeit vom Autor oder Verleger verzichtet wird, verliert demnach jenes Personenrecht seinen vermögensrechtlichen Charakter und der Begriff des Verlagsrechts löst sich auf.

der Erzeugung des Geisteswerkes, welcher den persönlichen Geist des Autors ausdrücken und offenbaren soll, hauptsächliches Gewicht, und betrachtet das Werk als ein Stück der Persönlichkeit des Autors, worin ja der Name und die Ehre enthalten ist. Auch O. *Wächter* muß den rationellen Grund des Verlagrechts in dem Anspruch der *Persönlichkeit* des Autors, in der Nutzung „ihrer Produkte" geschützt zu werden, zugestehen, und das auch von den anderen Schriftstellern anerkannte Recht der *Ausschließlichkeit* der Verfügung, Veröffentlichung, der Nutzung u. s. w. kann lediglich nur auf die Persönlichkeit zurückgeführt werden. Was ist aber im Grunde auch von diesen Schriftstellern unter der Persönlichkeit verstanden? Nichts Anderes als das Verhältniß der Person des Autors zu dessen Geisteserzeugniß — die Urheberschaft *Volkmann's*. Die Urheberschaft ist jedoch nicht bloß eine „geschichtliche Thatsache", sondern ein durch den die Erzeugungsacte beseelenden Willen des Urhebers, daß sein Erzeugniß seine Interessen befriedige und in der Außenwelt die beabsichtigte Geltung, nicht bloß sittliche, sondern auch rechtliche erhalte, namentlich als *sein* Werk die beabsichtigten Wirkungen (materielle und ideelle) hervorbringe, gestaltetes subjectives Rechtsverhältniß, ähnlich der Vaterschaft oder auch dem Verhältniß eines Testirenden. Das Schaffen eines Geisteswerks mit der *Absicht*, daß die darin producirten Erscheinungen der Autorkraft und Fähigkeit in der Außenwelt ihre Rückwirkungen und Wirkungen überhaupt äußern, namentlich daß der darin offenbarte *Wille* allein herrsche und in der Welt respectirt und erzwungen werde, ist ein natürlicher Rechtsakt, ein einseitiges Rechtsgeschäft wie das Testament [30]), welches seinen Rechtskeim in

30) *Justus Lipsius*, De cruce, Amstel. 1670, in der Anrede: Ego semel et serio testor, audite qui in Europa: Nihil meum est aut erit, quod non de autographo meo et me volente sit expressum. Quicunque aliter, mihi injuriam facit, vobis fucum.

der Herrschaft des freien Willens und in der sittlichen Scheu Anderer vor diesem Willen trägt. Die erwähnte „Persönlichkeit" ist also nichts Anderes als das persönliche Verhältniß des Autors zu seinem Geisteswerk und das ist eben die Urheberschaft. Diese beruht aber auf einer Thätigkeit des Urhebers und die Thätigkeit desselben ist Aeußerung der Fähigkeit und Kraft, theils des Denk- und Gefühls-, theils des Begehrungs- und Willensvermögens, der Gaben des Himmels, deren vernunftgemäße Benutzung und Verwerthung ein Naturrecht des Menschen ist und sich auf den Gebrauch der natürlichen Freiheit als Urrechts zurückführen läßt[31]. Ein mit Willensfreiheit begabtes Subject ist der Mensch und vermöge der Willensfreiheit vermag er seine Kraft in Bewegung zu setzen, zu schaffen und zu vernichten. Die Kraft umfaßt alle physischen, wie geistigen Triebe, alle Vermögen; dazu gehört auch der Persönlichkeitstrieb, d. i. seine eigene Person als den Inbegriff der Kräfte, das Ich, geltend zu machen, zu sein und sich zu erhalten (Selbsterhaltungstrieb), aber auch frei zu sein, nur selbst zu sein, Andere von seiner Person auszuschließen, Anderen zu wehren, daß sie die eigene Person sein wollen oder vorstellen; dieser Trieb ist das Bestreben der Ausschließung und ein Naturrecht der Person, das Recht der Ausschließlichkeit nur ein Ausfluß der Freiheit, die Geltendmachung des Willens, allein oder ausschließlich das eigene Ich oder Person sein zu wollen. Vernunftgemäß ist nur eine relative Geltendmachung dieses Willens, nämlich nur für ein-

31) Harum, Die österreichische Preßgesetzgebung, S. 53, war auf dem Wege, das Autorrecht als Ausfluß der persönlichen Freiheit, von der literarischen Verantwortlichkeit des Urhebers ausgehend, zu begründen, kam aber nicht auf den Willen zurück, sondern verlor sich wieder in die „intelligente Seite der Persönlichkeit", wie Lange a. a. O. S. 45 richtig tadelt.

zelne Kreise, deren Abgränzung der Vernunft zufällt und welche vermöge dieser in der Coexistenz der Menschen sich wirklich vorfindet. So liegt denn in dem Persönlichkeitstrieb auch der Urgrund der physischen und geistigen Vaterschaft oder der der Urheberschaft. Insofern ein Naturrecht zur Benutzung der Kraft dem Menschen mitgegeben ist und er von seinem Persönlichkeitstrieb freien Gebrauch macht, ist ihm auch die Fähigkeit gegeben als eine natürliche Berechtigung, von seinen Erzeugnissen die Willkür Anderer auszuschließen, so daß sie nicht ein und dasselbe Erzeugniß in seiner Originalität, d. h. in der specifischen Abstammung vom Erzeuger, als von sich abstammend vorstellen dürfen, ebensowenig als sie die Person des Erzeugers, auch abgesehen von dem Erzeugnisse vorzustellen befugt sind, und daß sie auch jede Abbildung zur Vervielfältigung und Veröffentlichung des Originals durch irgendwelche dazu geeignete Thätigkeit, daß sie überhaupt jede auf das Werk sich beziehende Thätigkeit außer der vom Urheber gestatteten unterlassen. Die Persönlichkeit ist also in Beziehung zur Productivität des Menschen so viel wie Erzeuger- oder Urheberschaft und deren Haupteigenschaft ist sowohl im Verhältniß zum Erzeugniß als auch gegenüber Dritten außerhalb dem Verhältniß der Abstammung jenes, Ausschließlichkeit. So dürfte aus dem Naturrecht der Persönlichkeit in Bezug auf die Productivität des Menschen das Naturrechtsverhältniß der Urheberschaft und daraus das Recht auch auf Ausschließung Anderer oder Nichturheber von den rechtlichen Befugnissen eines Urhebers abzuleiten sein.

Vermöge einer neueren, geklärteren Rechtsphilosophie [32]),

---

32) K. Chr. Fr. Krause, Grundlage des Naturrechts 1803 und Abriß des Systems der Philosophie des Rechts oder des Naturrechts, 1829. Ahrens, Cours de droit naturel, II. ed. 1844. und Juristische

der wir verdanken, daß der Begriff des Rechts nicht ein bloß formaler, sondern auch mit einem materialen Gehalt, mit Substanz erfüllt worden ist, ist es möglich, die hier in Bezug auf das Autorrecht aufgestellte Substanz als eine unter den Rechtsbegriff gehörige zum Recht zu erheben. „Das organische Ganze der von der Freiheit abhängigen Bedingungen des Vernunftlebens" ist das Recht. Bedingungen unseres vernünftigen Lebens und zwar nur solche, welche von der durch den freien Willen der Menschen bestimmten Thätigkeit abhängen, bilden den Inhalt dessen, was Recht sein soll. Die Erkenntniß der Bestimmung der einzelnen gegebenen Lebensverhältnisse führt zu der Vernunftforderung, daß die Erfüllung derselben, die Verwirklichung der teleologischen und objectiv als nothwendig erkennbaren Idee nach menschlichen Kräften und so weit die menschliche Willensbestimmung reicht, erstrebt und ermöglicht werde „durch Beschaffung und Erhaltung der dafür erforderlichen Bedingungen oder Mittel". Die Erfüllung jener Bestimmung ist demnach eine Vernunftnothwendigkeit und die Beschaffung der Mittel dazu ist der positive Anspruch der Recht Suchenden, die Rechtsforderung oder das Recht im subjectiven Sinn [33]. Die Vernunftlebensbedingungen, soweit eben ihre Erfüllung von dem freien Willen der Menschen abhängt, sind theils negative oder Andere in ihrer Handlungsfreiheit beschränkende, theils positive oder Andere zu Handlungen verpflichtende, und die Verbürgung der Erfüllung beider Bedingungen und der ihnen entsprechenden Rechtsforderungen: neminem laede und suum cuique tribue, ist Aufgabe des Rechtsstaates [34].

Die literarische und artistische Production hat die Be-

Encyclopädie, 1855—57 und Röder, Grundzüge des Naturrechts, 2. Aufl. 1860. Dazu L. A. Warnkönig, krit. Vierteljahresschr. III, S. 275.

33) Röder a. a. O. S. 78. 79. 134.

34) Röder a. a. O. § 30.

stimmung, das Culturleben der Völker zu fördern und namentlich den menschlichen Geist einer höheren und feineren Bildung zuzuführen. Sie ist ein wahres staatsgesellschaftliches Bedürfniß, selbst ein Mittel zur Erreichung des Lebenszweckes. Die Vernunft fordert die Befriedigung dieses Bedürfnisses und muß daher auch die Bedingungen und Mittel dazu fordern und feststellen. Diese bestehen darin, daß die von der Willensbestimmung des Einzelnen ausgehende Production als Thätigkeit in ein der Vernunft angemessenes Verhältniß zu dem Verhalten Anderer gegen die Producenten und ihre Thätigkeit und die daraus hervorgegangenen Producte gesetzt wird, daß also ein organisches Verhältniß festgestellt wird, in welchem die Production sicher ihrem Zwecke nachgehen kann. Es gilt also die Organisation der literarischen und artistischen Thätigkeit und Arbeit im Menschen- und Staatsverkehr durch Gewährung der Bedingungen ihres möglichen Bestehens und Gedeihens. Dies kann geschehen durch Erfüllung der positiven oder der negativen Bedingungen. Die positiven Bedingungen bestehen in der Belohnung der Arbeit, aus der der Producent theils seinen Lebensunterhalt sich verschaffen muß, theils seine weitere geistige Anregung zu fernerer Thätigkeit erhält. Des Lohns bedarf jeder Producent, um seine Aufgabe zu erfüllen, positiv, und den kann er sich nur durch Handlungen Anderer verschaffen, indem Andere ihm freiwillig einen Lohn angedeihen lassen oder gegen die Benutzung des Produkts sich zu einer Leistung verpflichten. Wenn das öffentliche Wesen nicht für directe Belohnung der literarischen und artistischen Arbeit sorgt, was es nur selten kann, so muß der Autor und sein Rechtsnachfolger dieselbe im Vertrieb oder in der Veröffentlichung seines Arbeitsprodukts suchen, indem er Andere zu einer Gegenleistung für die Gewährung der geistigen Reception veranlaßt. Dies kann er jedoch nur

mit Hülfe der negativen Rechtsforderung, daß Andere sich einer gleichen Thätigkeit in Bezug auf das gelieferte Product enthalten, daß sie das producirte Werk nur so weit benutzen, als es der Autor ihrer Benutzung übergeben wissen will. Diese Benutzung geht nicht über die geistige Reception hinaus und der Wille des Autors bei der Produktion ist eben auf Ausschließung aller Handlungen Anderer gerichtet, durch welche die Belohnung der Arbeit und, sollte sie nur in Anerkennung der Autorschaft bestehen, unmöglich gemacht oder geschmälert werden kann. Die Beschränkung der Handlungsfreiheit Anderer im Betreff des literärischen und artistischen Erzeugnisses ist die Bedingung, unter der es erzeugt und zur Benutzung Anderer veröffentlicht wird, und unmittelbar die Bedingung der Befriedigung des geistigen Bedürfnisses der Menschen. Wird diese Bedingung nicht gewährt, so wird dieses Bedürfniß entweder nur mangelhaft oder sogar gar nicht mehr befriedigt werden, weil eben ohne Lohn die Arbeit unterbleiben und die Thätigkeit der Menschen sich anderen Kreisen und Gegenständen zuwenden würde. Die Gewährung der Bedingung, daß der Wille der Autoren und ihrer Rechtsnachfolger auf Ausschließung Anderer von der Autorschaft und den dadurch begründeten Handlungen in Bezug auf das Arbeitserzeugniß maßgebend und erzwingbar sei, erscheint als eine Vernunftnothwendigkeit und selbst als eine von der Freiheit abhängige Bedingung des Vernunftlebens und als ein Mittel zur Erreichung eines objectiv als nothwendig erkennbaren Vernunftlebenszweckes oder zur Befriedigung eines unentbehrlichen Culturbedürfnisses; sie ist das Recht, welches die literarisch und artistisch Producirenden für sich in Anspruch nehmen und das ihnen die Vernunft nach Prüfung der Bedingtheit oder des ganzen Zusammenhangs zwischen dem Bedingten und Bedingenden und nach der Erkenntniß der Unentbehrlichkeit des

Zweckes und der Mittel zugestehen muß. Das Vernunftgebot, welches die Geltung des Autorwillens gegenüber der Freiheit Anderer als eine nothwendige und durch die dem Staate zu Gebote stehenden Mittel erzwingbare bezeichnet, giebt jenem materialen Inhalt auch die Form eines Rechts als eines an sich wirklichen Bestandtheils des organischen Ganzen des Rechts oder des Rechtsorganismus.

Der Staat als ein organisches Ganze hat auch die Aufgabe, die in ihm sich bewegenden organischen Thätigkeiten in ihrem Bestehen zu erhalten und ihren Zwecken nach Kräften zuzuführen; dies geschieht durch ihre Aufnahme in den Gesammtorganismus vermittelst ihrer Organisation. Organisation der Arbeit ist überhaupt das Lebensprincip im Staat und zwar so, daß die Bedingungen und Mittel ihrer Förderung festgesetzt und dem freien Willen als Anhaltepuncte geboten werden. Sie bestehen namentlich in der Sicherung des Arbeitslohnes oder Arbeitsverdienstes. Ist ein solcher nicht möglich bei einer freien Concurrenz aller Anderen und namentlich bei einer willkürlichen Verfügung jedes Dritten über die Arbeitsproducte, aus denen der Lohn gezogen werden muß, so besteht das Minimum der Organisation derartiger Arbeit in der Ausschließung Dritter von den Arbeitsproducten einzelner Producenten, so daß diese durch die alleinige Vermittelung ihrer Producte an die Consumenten ihren Lohn gesichert erhalten. Suchen die Producenten in der Ausschließlichkeit der Urheberschaft und Vermittelung ihrer Producte an die Consumenten ihr Recht auf den Lohn oder Arbeitsverdienst und können sie diesen auch nur dadurch finden, so ist es im Besonderen Aufgabe des Rechtsstaates, diese Rechtsforderung zu schützen und als Recht zu sanctioniren. Dies geschieht durch Aufstellung von Rechtssätzen, worin jene negativen Bedingungen als erzwingbare sanctionirt werden.

Somit wird sich die innere Wahrheit des als Motto an die Spitze gestellten Ausspruchs des Freiherrn von Cotta, daß der Rechtsstaat nicht bloß das Eigenthum, sondern auch die Arbeit und den Arbeitsverdienst zu schützen berufen sei, ergeben haben. Zu solcher Arbeit gehört namentlich die literarische und artistische; sie kann nur durch einen ihr zu gewährenden ausreichenden Schutz erhalten und gefördert werden; dieser ist ihre nothwendige Bedingung. In seiner Gewährung liegt das Minimum der vom Staat zu ermöglichenden Organisation der schriftstellerischen und artistischen Thätigkeit.

In dem Recht der Ausschließlichkeit an dem Geistes- oder Kunstwerk, oder in der Befugniß, jede willkürliche Verfügung eines Dritten über dasselbe außer der vom Urheber gestatteten zu verbieten, vereinigen sich die von Volkmann aufgestellten, im Urheberrecht vereinigten Befugnisse. Die Ausschließlichkeit ist in der That auch der Vereinigungspunct aller Gegner der willkürlich freien, Jedermann zustehenden Verfügung über literarische und artistische Erzeugnisse, mögen sie ein materielles[35]) oder „immaterielles" Eigenthum, welches letztere eine bloße Berechtigung der ausschließlichen Verfügung zum Gegenstand haben soll[36]), annehmen oder zur Begründung des Verbotes der willkürlichen Vervielfältigung und Veröffentlichung der Geistes- und Kunstwerke der Vertragstheorie[37]) huldigen, oder mit Rücksicht auf die persönliche Thätigkeit des Autors es auf eine unbefugte Geschäftsführung zurückzuführen (Kant), oder auf eine injuria am rein persönlichen

35) Außer J. H. Böhmer, Thurneissen, St. Pütter, Fichte, Kramer viele Andere, und neuerdings Eisenlohr.

36) R. Schmid in der kritischen Zeitschrift V. S. 438. S. gegen diese Annahme Lange a. a. O. S. 12.

37) Hegel, Klüber u. A. O. v. Oppen, Beiträge zur Revision der Gesetze.

Recht des Autors (Neustetel), oder auf eine widerrechtliche Vermögensbeeinträchtigung (Jolly, M. Friedländer u. A. m.), oder mögen sie wie die oben Genannten neben dem Vermögensrecht ein persönliches Recht annehmen, — die reelle Quintessenz aller Deduktionen ist eben die Befugniß zur Ausschließung Dritter, die Untersagung unbefugter Vervielfältigung und Veröffentlichung eines Geistes- oder Kunstwerks. Ueber den Hauptinhalt des Autorrechts würde die Theorie demnach einig sein, dagegen in der Begründung desselben aus einander gehen. In einen Gegensatz hierzu tritt die neueste Ansicht[38]), daß das Recht Jemandes, sich gegen den Nachdruck zu schützen, lediglich und allein auf der Anwendung eines positiven Rechtssatzes, welcher schlechthin den Nachdruck verbietet, beruhe, und daß die besonderen Gründe, welche dieses Gesetz rechtfertigten, die gerechte Forderung eines Schutzes der geistigen Arbeit u. s. w. nun nicht weiter hervorträten, sondern lediglich als die Motive jenes Gesetzes erschienen, in welchem die seit fast einem Jahrhundert so lebhaft hervorgehobenen legislativen Gründe eines Schutzes gegen den Nachdruck ihren formellen Abschluß in der Weise gefunden hätten, daß im einzelnen Falle Niemand mehr auf jene früheren Gründe zurückzugreifen, sondern nur einfach auf den Buchstaben des Gesetzes zu verweisen brauche. Man wird diese Behauptung für den Fall, daß die Gesetzgebung einen vollständigen und ausreichenden Schutz des Urheberrechts gewährt, insofern zugestehen können, als sie eben gar keine Zweifel für die Gesetzesanwendung übrig läßt. Die Interpretation würde indessen, da eben kein Gesetz vollständig auszureichen vermag, auch bei einem Abschluß der Gesetzgebung über den vorliegenden Gegenstand, immer auch auf die legislativen

38) v. Gerber's a. a. O. S. 370. M. Friedländer's a. a. O. § 1.

Gründe zurückgehen müssen. Nun ist aber die Gesetzgebung noch keineswegs zu einem vollen Abschluß gediehen und ein solcher Abschluß würde jetzt, wo der fragliche Gegenstand noch zu den jungen Erzeugnissen des Rechtslebens gehört [39]) keineswegs als ein Glück zu preisen sein. Die staatsgesellschaftliche, öffentlichrechtliche und criminalistische Seite des Gegenstandes ist noch lange nicht erschöpft und die Gesetzgebung wie die Resultate des Brüsseler Congresses gezeigt haben, ist noch weit von einem genügenden, besonders internationalen Schutz des Urheberrechts entfernt [40]). Mag auch die deutsche Praxis sich vorläufig auf die positiven Rechtssätze beschränken; die Wissenschaft und Gesetzgebung darf dabei nicht stehen bleiben und muß die Rechtsansichten im Volke über den gegenwärtig gewährten Schutz des Autor- und Verlegerrechts zu ergründen bemüht sein. Diese aber zeigen, daß der gewährte positive Schutz des Urheber- und Verlegerrechts eben kein genügender ist und die Verletzungen dieses Rechts nicht bloß als Polizeidelicte, sondern als wirkliche Verbrechen i. w. S. zu betrachten und wie andere ähnliche Verbrechen zu bestrafen seien. Der Wissenschaft und Gesetzgebung liegt die Nachforschung nach der inneren Berechtigung jener Forderung ob. Diese selbst muß der hauptsächlichste legislatorische Ausgangspunct bleiben; zumal wenn es sich um Aufnahme einer Handlung unter die Rechtsverletzungen und zwar unter die öffentlich strafbaren handelt, muß eben behufs der Ausscheidung dieser von den bloßen Polizeidelicten untersucht werden, ob die Mo-

39) Der Brüsseler Congreß im September 1858 hat den Beleg einer gränzenlosen Verwirrung von Rechtsbegriffen, Billigkeitsfragen und practischen Rücksichten gegeben; vergl. das Börsenblatt für den deutschen Buchhandel, 1858. Nr. 138. 157. 159. Deutsche Vierteljahrs-Schrift, Heft 85: Die Rechte der Autoren auf dem Congreß zu Brüssel.

40) A. Schürmann, Der Rechtsschutz gegen Uebersetzungen in den internationalen Verträgen.

tive der Gesetzgebungsacte im Rechtsprincip selbst oder bloß in der Wohlfahrt, Nützlichkeit oder Zweckmäßigkeit zu suchen sind. Dann muß, wenn das Hauptmotiv im Recht selbst gefunden worden ist und es sich um die Natur der Rechtsverletzung handelt, auch die Natur des verletzten Rechts ergründet werden.

Ist nunmehr in dem Vorstehenden der Nachweis der Existenz eines ursprünglichen Urheberrechts und dessen Inhalts versucht worden, so muß im Nachfolgenden der Nachweis versucht werden, wie sich die Annahme eines Urheberrechts im Volksleben äußert; es wird dadurch gleichzeitig an die zu Anfang dieses Paragraphen ausgesprochene Bemerkung angeknüpft, daß der rechtliche Schutz des Autor- und Verlegerrechts als Befriedigung eines staatsgesellschaftlichen Bedürfnisses von dem Volksrechtsbewußtsein gefordert werde und die Befugnisse des Urhebers und Verlegers als rechtlich erzwingbare hingestellt und aus dem Stand bloßer Naturrechte zu wirklichen subjectiven Rechten erhoben und unter den Schutz positiver Rechtssätze gestellt werden müßten.

§. 3.

Die hier weiter zu erörternde Frage formulirt sich dahin: in welcher Form offenbart sich die Existenz eines ursprünglichen Autorrechts? Es ist also die Frage nach der Objectivirung der Rechtsidee. Bereits von Jolly[41]) ist als Grundlage der Gesetzgebung für den fraglichen Gegenstand das Gewohnheitsrecht aufgestellt worden, ohne daß von ihm der innere Grund desselben entwickelt worden ist. Erst neuerdings ist von Lange[42]) das Verbot des Nachdrucks und unerlaubten Abdrucks auf das Rechtsbewußtsein im Volke, welches denselben als widerrechtliche Eingriffe in die Rechtssphäre der Autoren

41) Lehre vom Nachdruck a. a. O.

42) A. a. O. S. 36—40.

ansähe, zu stützen versucht worden. Auf dessen Auseinandersetzung muß hier etwas genauer eingegangen werden. Er behauptet, bei Beantwortung der Frage, aus welchen bestimmten Rücksichten des Rechtsgefühles die allgemeine Rechtsüberzeugung von der Widerrechtlichkeit des Nachdrucks entsprungen sei, habe man den Fehler begangen, ein specielles Privatrecht unterzulegen, denn weder im Sachen- noch im Obligationenrecht finde sich eine geeignete juristische Grundlage, sondern das Object jener Rechtsüberzeugung biete die Natur eines Delicts. Die unbefugte Thätigkeit selbst verpöne das Gefühl als unredlich und der innere Grund dieses Gefühles beruhe einfach auf der Differenz zwischen geistiger und mechanischer Thätigkeit; es sträube sich der gesunde Rechtssinn gegen die Annahme, daß über ein Resultat geistiger Anstrengung jeder Andere durch rein mechanische Thätigkeit verfügen dürfe; der gesunde practische Rechtssinn verlange, daß die geistige Arbeit ebenbürtiger geistiger Thätigkeit frei geboten, aber der rein mechanischen Thätigkeit streng entzogen werde. Der Nachdrucker wolle von nichts weniger als von rein geistigen Erzeugnissen Gebrauch machen, sondern er wolle körperliche Bücher produciren und das Mittel für Mittheilung fremder Gedanken erweitern; diese rein körperliche Handlung stehe im Mißverhältniß zu der geistigen Anstrengung, die den Zweck bilde, welchem als Mittel jene mechanische Thätigkeit entspreche. Wenn zu Anfang des vorigen Jahrhunderts ein Gutachten der Juristenfacultät Jena's den Autor eines Geistesproducts dem Urheber einer Erfindung gleichgestellt habe, so biete gerade diese Parallele die Grundlage für die abweichende gesunde Rechtsüberzeugung des Volkes; bei letzterer sei das Verkaufsobject eine körperliche Sache, welche als solche einen reellen Nutzen biete und der Nachahmer einer solchen müsse sie, um sie absetzen zu können, in gleicher Qualität und von

gleichem Stoffe liefern, bedürfe daher geistiger wie technischer Geschicklichkeit, um dem nachgeahmten Product die Pointe der Erfindung zu geben [43]. Der Benutzungswerth hänge dabei wesentlich von der körperlichen Materie und der Form der betreffenden Erzeugnisse ab. Bei Büchern hingegen liege jener Werth in der Vermittelung des geistigen Inhalts an die geistige Reception und die Erzeugung solcher Mittel biete gar keine individuelle Schwierigkeit, sondern verlange nur eine durchaus mechanische Thätigkeit. Zweck bei dem literarischen Product sei geistige Darstellung des Autors und Veröffentlichung des aus seiner Individualität hervorgegangenen Geisteswerkes, wozu das mechanisch copirte Buch als Werkzeug diene. Bei der Erfindung jedoch liege in dem einzelnen Product der reelle Nutzen, der durch dessen Substanz und Form zu besonderen Zwecken erreicht werde; beim Buche aber sei die Substanz reines Mittel, um das Erzeugniß des Autors zur geistigen Reception gelangen zu lassen. Bei dem literarischen Erzeugnisse trete demnach der Gegensatz zwischen rein geistiger und rein mechanischer Thätigkeit in höchster Stärke hervor und aus dieser vollkommen tief gefühlten Differenz entspringe die Rechtsanschauung, welche für Herstellung der Bücher die rein mechanische Thätigkeit verpöne. Nun hebt Lange, wie schon oben erwähnt worden ist, besonders hervor, daß bei der Durchführung der erwähnten Differenz weniger an ein bestimmtes Recht des Autors als an die Natur der verpönten Handlung gedacht werde und daß hierin die Anschauung von der criminellen Widerrechtlichkeit liege.

Es läßt sich nicht leugnen, daß in dieser Anschauung Lange's manches Wahre enthalten ist, welches auch in der

43) Die materiellen Verschiedenheiten zwischen gewerblichen Erfindungen und literarischen Erzeugnissen s. bei v. Kleinschrod, Die internationale Patentgesetzgebung, 1855, S. 12.

nachfolgenden Darstellung des Volksrechtsbewußtseins berücksichtigt werden wird. Löst man „die Differenz zwischen geistiger und mechanischer Thätigkeit“, welche nach Lange das Volksrechtsbewußtsein zur Verurtheilung des Nachdrucks bestimmen soll, auf, so ergiebt sich das, was R. v. Mohl[44]) über die Verwerflichkeit des Nachdrucks sagt: es lasse ein Verbot des Nachdrucks sich zwar aus der Billigkeit und aus Rücksichten für die allgemeine Volksbildung, jedoch nicht aus dem Recht deduciren. Der Verfasser eines Buches habe auf die Abfassung desselben Zeit und Mühe, häufig auch mehr oder minder bedeutende Kosten verwendet. Der Verleger wage durch die Uebernahme der Handschrift zum Behufe ihrer Herausgabe das für Druckkosten und Honorar auszulegende Kapital, seine Nebenunkosten und seine Arbeit. Beide könnten zum Wiederersatz ihrer Auslagen und zu einem billigen verhältnißmäßigen Gewinn nur dann gelangen, wenn die gehörige Anzahl von Exemplaren des gemeinschaftlichen Werkes verkauft werde. Diesem hinreichenden Verkaufe trete der Nachdrucker übermächtig entgegen, indem er, der außer den Druckkosten gar keine Auslagen habe, einen viel niedrigeren Preis für das einzelne Exemplar festsetzen könne und somit einen großen Theil der Käufer dem Verfasser und dem ursprünglichen Verleger entziehe. Rechne man hierzu noch, daß der Nachdrucker, der sich natürlich nur an solche Schriften mache, deren Verkäuflichkeit bereits durch die Erfahrung entschieden sei, keinen Ausfall von anderen unverkäuflichen Büchern auf seine verkäuflichen zu schlagen habe, wie ein Originalverleger immer zu thun habe, so erhelle, daß nie und unter keinen Umständen die Originalausgabe die Concurrenz eines Nachdrucks auszuhalten im Stande sei. Nur durch einen Schutz gegen Concurrenz von

44) Die Polizeiwissenschaft II S. 264.

Nachdrücken, somit durch eine Art von Mangel, vermöge der Verfasser und Verleger den ursprünglich berechneten, in Beziehung auf ihre Person billigen, hinsichtlich der Folge für die allgemeine Bildung höchst wünschenswerthen Schadensersatz und Gewinn zu erlangen. Zum Besten der allgemeinen Volksbildung sei ein Verbot des Nachdrucks aus folgenden Gründen. Die Furcht vor Nachdruck würde häufig die Herausgabe von kostbaren Werken verhindern und somit die Frucht vieljährigen Fleißes oder ausgezeichneten Talents verloren gehen, die Möglichkeit eines Fortschritts in der Volksbildung nicht verwirklicht werden; noch sicherer sei, daß Nachdrücke den Verkauf der Originalausgabe verzögerten und somit erst spät, wenn überhaupt, dem Schriftsteller Gelegenheit zu verbesserten und vermehrten Auflagen gäben, und hiergegen kämen die von den Vertheidigern des Nachdrucks gerühmten Vortheile einer allgemeinen Verbreitung nützlicher Werke mittelst der wohlfeileren Ausgabe nicht sehr in Betracht. R. v. Mohl gelangt natürlich zu dem Resultat, daß der Nachdruck wohl unsittlich, aber nicht unrechtlich sei. Die Hauptsache seiner Ausführung — und deshalb ist dieselbe hier beigezogen worden — ist, daß überhaupt die Differenz zwischen der Autoren- und Verlegerarbeit und der einfach mechanischen Thätigkeit des Nachdruckers gegen die Sätze der Billigkeit verstößt; und überhaupt diese Differenz, nicht aber wie Lange meint, bloß die zwischen geistiger Arbeit und mechanischer Thätigkeit, also zwischen dem Autor und Nachdrucker, mag dem Volksgefühl zuwider sein. Man möchte im Volk wohl weniger an die rein geistige Seite eines Urheberrechts als vielmehr an die commercielle der Producte geistiger und künstlerischer Thätigkeit denken, wenn man sich nach der Erlaubtheit der Nachbildung fragt.

Täuschen wir uns nicht über die uns zu Gebote stehende Kenntniß der Anschauung im Volk, so dürfte wohl fol-

gende Objectivirung eines Urheber- und folgeweise eines Verlegerrechts im Volksbewußtsein sich vorfinden.

Es ist eine unumstößliche Forderung nicht bloß der Billigkeit, sondern auch, nach der vulgären Bezeichnung, der Gerechtigkeit, daß der Arbeit ein entsprechender Lohn werde, daß eine gerechte Vergeltung erwartet werden dürfe. Der Mensch, der sie nicht hienieden zu finden glaubt, wendet sich mit dem tröstenden Gedanken, daß es doch eine gerechte Vergeltung geben müsse, im Stillen mit seiner Hoffnung an den Urquell der Gerechtigkeit, an Gott oder die Vorsehung, oder wie er sonst die über die Geschicke der Menschen herrschende höhere Macht bezeichnet. Im Grunde aus einem Satz der Billigkeit, vom Volke aber bezeichnet als Gerechtigkeit, entspringt die Forderung auf Belohnung der Arbeit, welche das Volksrechtsbewußtsein schlechtweg als ein „Recht auf die Früchte der Arbeit" bezeichnet[45]). Dieses Recht ist ein persönliches, ein aus der Person abgeleitetes und nur ihr selbst zukommendes, natürliches Forderungsrecht, das auch schon außerhalb der positiven Satzungen des Staates existirt — Arbeit will belohnt sein, mag nun der Lohn ein materieller oder ideeller, bloße Anerkennung, Belobung, Achtung, Ehrenlohn u. dgl. sein. Natürlich giebt es neben begründeten Verdiensten auch eingebildete, jedoch die Forderung der Vergeltung von Leistungen ist dem Menschen immanent und damit ist eine Berechtigung und eine Verpflichtung gegeben. Die innere Berechtigung eines solchen natürlichen Rechts auf Belohnung oder Früchte der Arbeit ist im Volksbewußtsein durchaus anerkannt[46]). In dieser Anerken-

45) S. O. Wächter a. a. O. § 1. R. Schmid, Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, S. 159 ff. und kritische Zeitschrift V S. 432.

46) S. das Referat in der baierischen Kammer bei O. Wäch-

nung beruht auch die natürliche Forderung des Autors eines literarischen oder artistischen Werks, von demselben einen Lohn zu ernten, Früchte zu ziehen. Erkennt das Volksrechtsbewußtsein die Berechtigung dieser an, so muß es consequent die Mittel zur Befriedigung jenes Anspruchs der Autoren zugestehen und anerkennen, daß in gewissen Bereichen ein Recht auf die Früchte einer Arbeit nur dadurch realisirbar ist, daß ein Recht aus und in der fruchtbringenden Sache gesichert werde. Wenn nämlich wirkliche Producte einer Arbeit die Fruchtziehung bedingen, wenn also aus ihnen erst die Vergeltung der Thätigkeit hervorgehen soll, so ruht jenes Recht auf die Fruchtziehung in den Producten als Resultate der Thätigkeit selbst. Dieses Recht ist eben eine Befugniß des Urhebers des Productes, des Arbeiters aus und in dem Erzeugniß, welches kein Nichterzeuger haben kann, was bereits oben zu begründen versucht worden ist. Das Volksrechtsbewußtsein muß also nothwendig ein Recht des Urhebers ruhend in dem Erzeugniß annehmen, wenn es ein Recht der Fruchtziehung daraus gestattet. Ist die Fruchtziehung nicht realisirbar, ohne das Recht aus dem Erzeugniß dem Berechtigten zu belassen, so muß auch ein solches Recht für die Dauer der Fruchtziehung nothwendig in dem Erzeugniß fortbestehen [47]). Bei jedem Product technischer Fertigkeit vermag der Producent durch Veräußerung und Aufgabe seiner Rechte an dem Product die

---

ter a. a. O. S. 91: „Die Hauptabsicht des Gesetzes ist keine andere, als den Schriftsteller und seine Rechtsnachfolger gegen Beeinträchtigung in dem Genusse seiner Früchte u. s. w. zu schützen.“ Dazu die deutsche Vierteljahrsschrift XXII (1859) Nr. 88 S. 178 ff.: „Das Recht des Künstlers.“ Dieselbe Abhandlung ist auch als Separatabdruck erschienen als: „Das Recht des Künstlers gegen Nachbildung und Nachdruck v. O. Wächter.“

47) Hierin liegt auch der Rechtfertigungsgrund für den Patentschutz. A. M. R. v. Mohl a. a. O. S. 279.

gewünschten Früchte davon zu ziehen und damit giebt er sein Urheberrecht bis etwa auf den Willen, nur den Namen oder die Ehre des Urhebers nicht auf einen Anderen zu übertragen oder von einem Dritten anmaßen zu lassen, auf, soweit eben Rechte der Verfügung besonders zur Fruchtziehung über das Product darin enthalten sind. Mit der Veräußerung des Products und der Fruchtziehung hört regelmäßig auch der Wille des Producenten auf, noch eine andere Fruchtziehung als die von der rein persönlichen Seite der Urheberschaft allein mögliche zu haben. Daß das positive Recht auch dieser Seite bei den Fabriksproductionen und ähnlichen einen öffentlich-rechtlichen Schutz angedeihen läßt, wird bald gezeigt werden. Abgesehen von den ideellen Vortheilen und Früchten eines Erzeugnisses hängt die Werthsbestimmung, soweit es sich um einen reellen, schätzbaren Werth eines Products handelt, lediglich zunächst von der Schätzung des Producenten ab, allein dieselbe findet ihre Gränze meist in der Concurrenz und den gangbaren Preisen, nach denen der Producent die Art und Größe seiner Fruchtziehung bestimmen kann und wird, um überhaupt wirklich reelle Früchte von seinem Product zu ziehen. Indessen, wenn von Staatswegen nicht Werthsbestimmungen festgesetzt sind, so liegt es immer in jedes Producenten Hand, den Werth seines Arbeitserzeugnisses selbst zu bestimmen. Nun fordert die Billigkeit aber, daß die Fruchtziehung auch der Arbeit möglichst gleichkomme und daß womöglich auch noch ein Gewinn gemacht werde. Allein, das bleibt eben nur ein Satz der billigen Wünsche, der nicht erzwingbar ist, und dessen Erzwingung die Freiheits- und Rechtskreise verletzen würde; Jedem muß die Wahl und Betreibung der Arbeit überlassen bleiben und von jener und anderen unberechenbaren Umständen hängt die Fruchtziehung ab.

Es wurde bemerkt, daß in jeglichen Arbeitskreisen das

Volksrechtsbewußtsein dem Producenten ein Recht der Urheberschaft zuspricht, nämlich das Recht, den Nichturheber von dem Anspruch als Urheber eines gewissen Products gelten zu wollen oder denselben vorzustellen, auszuschließen. Es ist dies das oben erwähnte Recht der Persönlichkeit, in Beziehung zu einem eigenen Product das Recht der Urheberschaft. Nun läßt es sich nicht leugnen, daß in der Volksanschauung auf die Urheberschaft rücksichtlich geistiger und künstlerischer Producte ein erhöhter Werth gelegt wird, daß bei den Producten der Industrie zwar auch die Urheberschaft als ein für die fernere Fruchtziehung von Producten besonders förderlicher Umstand gilt, daß aber das rein persönliche Recht des Urhebers dort einen weit wichtigeren Theil als hier an der Fruchtziehung hat, ja daß sogar bei vielen literarischen und künstlerischen Arbeiten dieses rein persönliche Recht des Urhebers und dessen Anerkennung, mag deren Wirkung in der Begründung der Ehre und Autorität eines Schriftstellers oder Künstlers in den Augen des Publicums oder in einem bloßen Kitzel der Ehrsucht bestehen, den einzigen Gegenstand der Fruchtziehung von der Arbeit bildet[48]). Diese Fruchtziehung würde rein unmöglich sein, wenn ein Nichturheber aufträte und sich für den wahren Urheber des fraglichen Products ausgäbe und dem wirklichen Urheber die einzige Nutzung seiner Arbeit vereitelte. Wie oft ist nicht bei jungen Schriftstellern der schriftstellerische Name der einzige Nutzen langjähriger Arbeit, wenn sie, zumal in ungünstigen Zeiten, wo die Verleger kein Vertrauen in schriftstellerische Arbeiten gewisser Gattung setzen, ohne irgend ein Honorar zu erlangen, nur um ihre Arbeit zu Markte zu bringen, das Manuscript hinschleudern müssen, so daß ihr

---

48) Darauf hat Bluntschli, Deutsches Privatrecht I § 47 S. 191 ff. besonderes Gewicht gelegt.

ganzes Interesse sich auf Erlangung eines guten Namens bei den Vertretern der Wissenschaft concentrirt, um vielleicht bei Besetzung eines Amtes vor anderen Bewerbern, die ihre Fähigkeit weniger bethätigt haben, vorgezogen zu werden[49]). Hier ist es gerade die Ausschließlichkeit des Urhebers, die den Inhalt des hier nur höchstpersönlichen Urheberrechts ausmacht und den das Volksrechtsbewußtsein überall als höchst berechtigt anerkennt. Wohl ist diesem Rechtsbewußtsein in dem strafrechtlichen Verbot der Anmaßung persönlicher Verhältnisse in Bezug auf öffentliche Verrichtungen und zum Schutz von commerciellen und industriellen Leistungen durch die Gesetzgebung entsprochen worden, aber nicht auf gleiche Weise in Bezug auf das noch höher stehende Recht der Persönlichkeit der Schriftsteller und Künstler. Davon anderwärts mehr. Will also die Rechtsanschauung im Volke die Realisirung eines Rechts auf die Früchte der Arbeit, so muß sie, wo diese letzteren nur in der Erhaltung der Ehre und des guten Namens des Autors bestehen, auch das einzige Mittel dazu anerkennen, daß nämlich auch der Autor allein und ausschließlich ein Recht, der Urheber in den Augen des Publicums zu sein, habe. Dieses Recht ist ein höchstpersönliches und sein reeller Inhalt ist die Ausschließung aller Nichtberechtigten von dem Anspruch auf die Urheberschaft, möglicherweise vermittelst des Rechtszwanges; man könnte es Urheberrecht im engern Sinn nennen, weil es das für die Person des Urhebers aus der Urheberschaft hervorgehende Recht ist, allein als Urheber zu gelten und Andere

49) Die Speculation auf eine Anstellung mit Besoldung wäre etwa ein mittelbares Vermögensinteresse; derartige Fälle wird v. Gerber im Auge gehabt haben, wenn er a. a. O. S. 383 sagt: „denn auch das Interesse des Autors, das Product seiner geistigen Thätigkeit im Druck vervielfältigt und verbreitet zu wissen, muß selbst ohne ein Honorarversprechen als eine vollkommen genügende causa betrachtet werden — als ein Vermögensinteresse im weiteren Sinn des Wortes."

von der Anmaßung der Urheberschaft an seinem Erzeugniß auszuschließen, außerdem aber noch andere Befugnisse des Urhebers mehr äußerlicher Art daneben stehen, welche das Urheberrecht im weitern Sinne umfaßt. Dieses höchstpersönliche Recht des Urhebers ist ein Recht auf Anerkennung der eigenen Person, ein Recht an der Person vermittelt durch ein Erzeugniß ihrer Thätigkeit. Diesem Recht gegenüber steht auch eine Pflicht des Urhebers, das Product seiner Thätigkeit zu vertreten.

Will aber der Urheber materielle Vortheile erlangen, so wird Folgendes berücksichtigt werden. Producte geistiger und künstlerischer Arbeit bedürfen einer gewissen Formgebung, in welcher die Ideen den Consumenten oder dem Publicum zugänglich und verständlich werden sollen. Die Abrundung und Darstellung der Ideen in einer sinnlich wahrnehmbaren Gestalt bildet den Schlußact der geistigen Arbeit. Der Wille des Urhebers geht regelmäßig dahin, das Product seiner Arbeit nur zur geistigen Reception der Consumenten oder Abnehmer zu bringen, die Vermittelung aber zwischen diesen und seinem Product selbst zu bestimmen, weil eben in dieser Vermittelung die Fruchtziehung liegt und nur durch diese möglich wird. Will also der Urheber eines Werks überhaupt einen Lohn seiner Arbeit ernten, so ist ihm dies nur möglich, wenn ihm persönlich die Vermittelung seines Products an die Abnehmer vorbehalten und gesichert wird. Eine solche Sicherung ist indessen wieder nur möglich, wenn der Urheber ein erzwingbares Recht zugesprochen erhält, allein über die Verbreitung und Veröffentlichung zu verfügen, wie jeder andere Producent, ehe er sein Product veräußert, allein und ausschließlich über den Vertrieb desselben verfügt. Das Industrieproduct trägt seinen Werth in der Form, nicht in der Idee, uud birgt den Lohn der Arbeit in sich und geht der

Absicht des Verfertigers gemäß in das vollständige Eigenthum des Abnehmers über, der damit schalten und walten kann, wie er will. Dagegen das Geistes- und Kunstproduct trägt seinen Werth in der Idee oder in der wahrnehmbar gemachten Durcharbeitung eines Ideenzusammenhangs oder in einer Ideen bergenden technischen Fertigkeit, deren Verbreitung durch die anderwärts auch bereiten Mittel der Wahrnehmbarmachung leicht möglich ist; weil jedoch die Vermittelung der Idee durch eine willkürliche Formgebung von Seiten eines Dritten nach Aneignung derselben die für das Publicum mehr oder weniger werthvolle Idee oder künstliche, auf Geistesarbeit und Formgebung beruhende Zusammenstellung ebenfalls verbreitet, so geschieht das gegen den Willen des Urhebers und der etwa davon gemachte Gewinn fällt nicht dem Hauptproducenten, sondern nur dem unbefugten Verbreiter des Geisteswerks durch Veröffentlichung desselben zu; es entgeht jenem also der Lohn seiner Arbeit, der ihm nur durch die eigene Vermittelung seiner Ideen an die Abnehmer möglich wird[50]). Soll dem Urheber eines Geisteswerks also abgesehen von der Erlangung der Autorehre ein beabsichtigter materieller Lohn seiner Arbeit werden, so ist dessen Gewinnung nur dadurch möglich, daß die Vermittelung seiner Ideen an die Recipienten ihm ausschließlich zustehe[51]). Erkennt das Volksrechtsbewußtsein demnach ein Recht auf die Früchte auch der geistigen Arbeit, mag diese in irgendwelche Form gekleidet sein, in eine literarische, künstlerische oder technische, an, so muß es auch die alleinige Ausführbarkeit und Realität dieses

---

50) Das ist die eigentliche Realität der von Lange erwähnten Differenz zwischen geistiger und mechanischer Thätigkeit.

51) „Das ausschließliche Mittheilungsrecht ist zunächst ein persönliches Recht des Urhebers“; Bluntschli, Deutsches Privatrecht S. 112.

Rechts zugestehen und das Mittel zur Ausübung jenes Rechts sanctioniren. Dieses Mittel ist die objectiv gestattete Ausschließung jenes Dritten von der allein einen Lohn der Arbeit sichernden Vermittelung der Ideen an die Recipienten und die Befugnißertheilung an den Urheber, allein und ausschließlich über die Vermittelung seiner Ideen an das Publicum zu verfügen. Auch diese Befugniß ist nach der Volksanschauung wirklich als nothwendige dem Urheber von Geisteserzeugnissen zuerkannt und als rechtlich erzwingbare bezeichnet, ein Recht im subjectiven Sinn. Das Volk begnügt sich nicht damit, eine Entziehung des Gewinnes von Geistesarbeit als unsittlich zu bezeichnen, sondern es legt den Maßstab des Rechts an dieselbe, es betrachtet die unbefugte Vervielfältigung und Veröffentlichung literarischer und artistischer Producte nicht als bloße Beschädigungen oder Verletzungen etwaiger Concessionen oder Privilegien, sondern als Verletzung von Rechten, ähnlich wie die von Eigenthumsrechten, und gebraucht dafür die darauf bezüglichen, wenn auch juristisch unpassenden Begriffe des Diebstahls, Betrugs u. a. m. — Mit der Anerkennung einer ausschließlichen Befugniß der Vermittelung des Geistesproducts an das Publicum ist dem Urheber ein persönliches, d. h. aus seiner Person stammendes und keiner anderen Person zustehendes und ein absolutes oder Alle verpflichtendes Recht aus seinem Product zuerkannt, nämlich davon die Willkür Dritter in gewissen Grenzen der Verfügungsbefugniß über das Geistesproduct als ideelles Ganze abzuhalten, welchem die Pflicht entspricht, den Willen des Urhebers, daß von dem Original oder Exemplar des Geistesproducts die willkürliche Verfügung über dessen Inhalt und Form außer der geistigen Reception zurückgehalten werde, zu achten. Wird dieser Wille des Urhebers von der Volksüberzeugung als ein zur Begränzung der Freiheitssphären Anderer

innerlich berechtigter erachtet und zum Gebot oder Verbot erhoben, so entsteht eben der Rechtssatz zum Schutz der Urheber- und folgeweise der Verlegerbefugnisse. In diesem Rechtssatz werden Rechte und Rechtspflichten abgegränzt und das literarische und artistische Werk oder überhaupt das Geisteserzeugniß erhält damit die Eigenschaft einer begränzten Unantastbarkeit, wie bereits im § 2 ausgeführt worden ist. Es ergiebt sich auch hier wieder, daß das Widerrechtliche der unbefugten Vervielfältigung und Veröffentlichung der Geisteswerke nicht in der Handlung, sondern in der Verletzung eines Rechts an dem Geisteswerke gefunden werden muß, und es dürfte auch hiernach kaum noch zu bezweifeln sein, daß so auch die Sache sich in der Volksanschauung verhält.

Es will uns demnach bedünken, daß das Volk weniger die Differenz zwischen der geistigen und mechanischen Thätigkeit bei dem Nachdruck herausfühlt und davon ausgehend sein Bannurtheil gegen denselben spricht, als daß es seinen Forderungen eines Schutzes und zwar eines Rechts-, nicht bloß eines Verwaltungs- oder Polizeischutzes der Geistesproducte und der daran haftenden Befugnisse des Erzeugers die Anschauung von verletzbaren Rechten des Urhebers zu Grunde legt, welche sich in dem oben aufgestellten Begriff des Urheberrechts im weiteren Sinn vereinigen und deren reeller Inhalt die Ausschließlichkeit ist. Zur Beruhigung mag auch der formelle Umstand dienen, zumal für Diejenigen, welche die communis opinio doctorum als Repräsentantin des Volksrechtsbewußtseins anzusehen geneigt sind, daß die Schriftsteller, welche nicht Gegner eines Schutzes der Geistesarbeit sind, mögen sie in der Begründung desselben noch so sehr von einander abweichen, doch in der Ausschließlichkeit der Vervielfältigungs- und Veröffentlichungsbefugniß des Urhebers

übereinstimmen, und daß dieser Begriff auch der Kern aller Gesetzgebungen gewesen ist und bleiben wird.

Der Nachweis, wie die im Autorenverhältniß ruhende Rechtsidee im Volke sich objectivirt, wird hiermit hoffentlich nicht auf Täuschungen beruhend geführt worden sein und eine Vergleichung dieses Nachweises mit der im vorigen Paragraphen gegebenen theoretischen Entwickelung wird ergeben, daß die rationelle Construction eines ursptünglichen Urheberrechts und die Begründung des daraus abzuleitenden Rechtsschutzes in den wesentlichen Puncten mit dem empirischen Nachweise übereinstimmt.

§ 4.

Zur Feststellung der juristischen Natur des Urheberrechts mögen noch folgende Bemerkungen dienen.

Was zunächst die systematische Natur des Urheberrechts anlangt, so ist aus früher Erwähntem bereits bekannt, daß die Ansichten der Schriftsteller hierüber sehr verschieden sind. Die Lehre von einem literarischen und artistischen Eigenthum kann trotz Eisenlohr's letztem Rettungsversuch [52]) nunmehr als destruirt und im Verscheiden begriffen betrachtet werden. R. Schmid [53]), der das Autorrecht als ein ausschließliches Gewerberecht betrachtet, erklärt die römischen Begriffe der dinglichen und Forderungsrechte nicht für ausreichend, um das Autorrecht als Vermögensrecht wie andere Gewerberechte darunter unterbringen zu können; ein Forderungsrecht sei es deshalb nicht, weil dem Autorrecht das Hauptmerkmal desselben abgehe, daß nämlich der Berechtigung eine

52) S. die treffliche Kritik dieses Versuchs bei Lange a. a. O. S. 27—32.

53) A. a. O. S. 159 ff. und kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft S. 438 ff.

Verbindlichkeit individuell bestimmter Personen gegenüberstehe, aber mit dem Eigenthum und allen dinglichen Rechten habe es das gemein, daß es ein absolutes Recht sei, dem eine allgemeine (negative) Verbindlichkeit aller Anderen gegenüberstehe; doch bestehe der Unterschied von dem römischen Eigenthum, welches nur an einer res corporalis möglich sei, darin, daß eine res incorporalis Gegenstand des Autorrechts und dieses s. z. s. ein immaterielles Eigenthum sei, welches eine bloße Berechtigung, nämlich ein ausschließliches Verfügungsrecht des Autors über sein Geistesproduct zum Gegenstand habe. Dies zeige sich auch in den Wirkungen, denn wenn auch Verletzungen dieses Rechts in der Regel nur persönliche Klagen namentlich auf Entschädigung zur Folge hätten, so müsse doch, wenn das Autorrecht selbst vom Verletzer bestritten würde, z. B. wenn Jemand ein Werk eines Anderen unter seinem eigenen Namen herausgebe, die Klage nothwendig die Natur einer rei vindicatio oder actio confessoria auf Anerkennung des bestrittenen Autorrechts haben; selbst publicianische Klagen könnten angewendet werden, wenn mehrere Personen auf ein abgeleitetes Verlagsrecht Anspruch machten, und ebenso könne der bloße Besitz in Frage kommen [54]). Auch den Einwand, daß die Analogie des Eigenthums für dieses Recht sich nicht eigne, weil die Herrschaft des Autors über sein Geisteswerk sowohl dem Umfang als auch der Dauer nach nur eine beschränkte sei, widerlegt R. Schmid damit, daß die Unbeschränktheit der Herrschaft

54) Auch Schellwitz nimmt Eigenthum und Besitz an den Schriftsteller- und Kunstwerken an und verweist auf die Analogieen dieser; s. Deutsche Vierteljahrsschrift 1839, Heft 1 S. 252—282: Ueber den Grund, das Wesen und die Gränzen des Rechts der Erzeuger an den Schöpfungen der Kunst und Wissenschaft; besonders S. 265. 267.

nicht zum Wesen des Eigenthums gehöre, denn besonders das Eigenthum an fließenden Gewässern bestehe nur in einem Nutzungsrecht, indem in Folge des fortwährenden Wasserwechsels statt eines bleibenden Objects der Appropriation sich nur eine ununterbrochene Aufeinanderfolge von greifbaren Objecten darbiete. Bei dem literarischen und artistischen Eigenthum fänden sich ganz ähnliche theils in der Natur der Sache, theils von der Gesetzgebung gegebene Beschränkungen; ein Eigenthum an dem rein geistigen Theil eines Werks sei nicht möglich, weil der Gedanke sich jeder ausschließlichen Beherrschung entziehe, und die bloß im Innern ausgebildete Idee (Walter, System des deutschen Privatrechts § 123) sei noch nicht möglicher Gegenstand von Rechten und Pflichten. Eine Begränzung der möglichen Herrschaft des Autors über sein Geisteswerk durch die Gesetzgebung findet der genannte Schriftsteller zur Wahrung der Ehre und pecuniären Interessen des Autors, dem ein seinem Verdienst entsprechender Lohn gesichert werden müsse, für billig, da der gewährte Schutz auch der Gestaltung des literarischen und artistischen Verkehrs angemessen sein müsse. Uebrigens will er den Begriff eines Eigenthums an unkörperlichen Sachen auch auf andere ausschließliche Gewerbe- und auf Erfindungsrechte ausgedehnt wissen.

Diese Begründung des Autorrechts als eines ausschließlichen Verfügungsrechts mit Hülfe eines analogen Eigenthums und die Auffassung desselben als „immaterielles Eigenthum" an einer bloßen Berechtigung scheint jedoch, wenn auch manche Aehnlichkeiten und die practischen Wirkungen des Eigenthums jene Auffassung nicht als grundlos erscheinen lassen, doch unrichtig zu sein. Wenn auch Rechte als res incorporales theils im römischen Recht, wie das jus hereditatis und obligationis, theils in neueren Rechten, z. B. im preußischen

Landrecht Th. I Tit. 8 § 1—3 anerkannt werden und auch an einer res incorporalis ein Eigenthum nach moderner Ansicht angenommen wird, so hat doch das Autorrecht, wenn es auch als eine res incorporalis Gegenstand des immateriellen Eigenthums wäre, nicht selbst die Natur des Eigenthums oder ist selbst nicht Eigenthum, denn wenn das ausschließliche Verfügungsrecht Gegenstand des Eigenthums sein soll, so kann es selbst nicht der Inbegriff der im Eigenthum liegenden Befugnisse oder die Totalität aller dinglichen Rechte sein; man kann nicht eine res incorporalis, an der man Eigenthum hat, selbst zum Eigenthumsrecht machen. Ferner ist das ausschließliche Verfügungsrecht überhaupt im Eigenthum mit inbegriffen und ein Theil oder Ausfluß der totalen rechtlichen Herrschaft über eine Sache; wenn aber jenes Recht selbst den Inhalt des Autorrechts ausmacht, so kann nicht ein einzelnes aus dem Eigenthum abgeleitetes Recht dieses Eigenthum selbst sein, es kann nicht pars pro toto gelten und dann würde immer noch die Existenz des Eigenthums, woraus das Autorrecht ausfließt, in der Luft stehen und zu beweisen sein. Das Geisteswerk ist aber weder eine res corporalis, noch eine incorporalis, noch ein Recht selbst, sondern ein Arbeitsproduct besonderer Art, auf das sich eben der gewöhnliche Eigenthumsbegriff nicht anwenden läßt. Es ist auch anderwärts[55]) noch richtig dagegen hervorgehoben worden, daß das analoge literarische Eigenthum weder Gegenstand noch Grund, weder Natur noch Schutz mit dem echten Eigenthum gemein haben könnte; denn als Grund des Eigenthums gebe es mannigfaltige Erwerbsarten, dagegen für das Autorrecht nur die eigene Erzeugung als solche; ferner daß für das Autorrecht nur eine ganz bestimmte Untersagungsbefugniß und deren

55) Lange a. a. O. S. 12—14.

Schutz in Anspruch genommen werde, welche aus der Autorschaft hervorgehe und von einer rein persönlichen Beziehung abhängig mache, daß dagegen beim Eigenthum eine äußere für sich bestehende, von der Person durchaus unabhängige Sache, welche selbst ohne irgend eine Thätigkeit der Person in ihr Eigenthum übergehen könne, vorausgesetzt werde.

Es scheint, als ob trotz aller Versuche, das „Schrift-“ oder „literarische Eigenthum“ zu retten [56]), die Eigenthumstheorie und mit ihr der nur zu falschen Vorstellungen verleitende Ausdruck „Eigenthum an Geisteswerken“ oder „literarisches Eigenthum“ gänzlich aufgegeben werden könne, und in der That sollte einer dahin gehenden mehrfachen Forderung [57]) endlich entsprochen werden.

Die Auffassung des Autorrechts als eines Forderungsrechts oder eines aus einer Obligation entsprungenen Rechts würde höchstens für den Fall zulässig sein, daß ein Autor einer individuell bestimmten Zahl von Empfängern eines von ihm ihnen mitzutheilenden Geisteswerks dasselbe unter der ausdrücklichen und von jener genehmigten Bedingung, das Werk wider seinen Willen in keiner Weise zu veröffentlichen, mitgetheilt worden ist [58]). Hierdurch würde allerdings dem Autor eine vertragsmäßig entstandene Untersagungsbefugniß in Betreff der freien Thätigkeit dieser bestimmten Menschenzahl von dieser selbst eingeräumt worden sein und wirklich kann eine derartige Begründung des Autorrechts auch jeden Augenblick möglich sein, aber eben nicht anders als wie bei vielen anderen dinglichen oder persönlichen Rechten. Diese Modalität der

---

56) Auch von Heydemann, Sammlung literarischer Gutachten, Nr. 1. Jobard, Nouvelle économie sociale, Paris 1844 u. A. m.

57) Neustetel, Vom Büchernachdruck, S. 5. Renouard, Traité des droits d'auteurs I p. 455. Lange a. a. O. S. 4.

58) Vergl. § 3.

Entstehung vermag jedoch über die eigentliche Natur eines Rechts nicht zu entscheiden, denn der eigentliche Rechtsgrund der Anerkennung und Achtung jener Untersagungsbefugniß ist hier die freiwillige Unterwerfung der Willen der Empfänger oder das ausdrückliche Versprechen. Ein solches ausdrückliches Versprechen ist jedoch nur in einzelnen Fällen ausführbar, keines aber auch bei der Veröffentlichung von Geisteswerken im Allgemeinen, an nicht individuell im Voraus bestimmte Personen; denn der Autor kann nicht alle diejenigen Personen, durch deren Hände sein Werk geht, verpflichten, jede Vervielfältigung und Veröffentlichung seines Werks zu unterlassen [59]). Man hat schon seit St. Pütter jene Untersagungsbefugniß auf einen stillschweigenden Vertrag zwischen dem Autor und dem Erwerber eines Exemplars des Geistesproducts, worin der Autor sich ein ausschließliches Vervielfältigungs- oder Veröffentlichungsrecht vorbehalte, zurückzuführen versucht, so daß der Vorbehalt des Autors fortwährend zu präsumiren sei, und man hat geglaubt, daß jene Untersagungsbefugniß durch eine ausdrückliche, dem Empfänger gleich sichtbare Vorbehaltungsclausel gesichert werden könne, so daß der Empfänger gewissermaßen das betreffende Exemplar nur unter der Bedingung, daß jenes Untersagungsrecht respectirt werde, übernehme [60]). Eine derartige Bedingung würde jedoch ohne Annahme von Seiten des Empfängers ganz wirkungslos sein und auch der Erwerb des Werkes würde keine Präsumtion der Annahme jener Bedingung enthalten können.

Wenn auch dem Autorrecht als einem absoluten, Alle

---

59) S. den Versuch, auch überhaupt ein vertragsmäßiges Untersagungsrecht festzuhalten, bei v. Oppen a. a. O. und die Widerlegung Lange's a. a. O. S. 18—20.

60) Schober, Reichsanzeiger, 1792, II Nr. 71. Klüber, Oeffentliches Recht des deutschen Bundes § 505 i. f.

bindenden Recht, die allgemeine Rechtspflicht gegenübersteht, die freie Thätigkeit in Bezug auf ein Geisteswerk zu beschränken, namentlich Vervielfältigungs- oder Veröffentlichungsacte zu unterlassen, so kann es doch hauptsächlich deshalb nicht als obligatorisches Recht angesehen werden, weil es regelmäßig nicht individuell bestimmten Personen gegenüber besteht.

Es dürfte sich hiernach ergeben, daß das Urheberrecht seiner juristischen Natur nach weder unter die dinglichen Rechte, noch unter die Obligationen gestellt werden kann, und selbst wenn man in einem System des Rechts eine Classe der „dinglichen Forderungsrechte" aufstellen wollte, so würde die Unterordnung des Autorrechts unter diese Bedenken erregen.

Man hat sich mehrfach dabei begnügt, das Autorrecht schlechtweg zu den Vermögensrechten zu zählen, ohne jedoch weiter anzugeben, in welche Kategorie derselben es unterzubringen sei. Mit der Bemerkung, daß es unter die Gewerberechte gehöre [61]), würde freilich nur wenig gesagt sein, wenn nicht die systematische Natur und Stellung der Gewerberechte angegeben wird. Die meisten Schriftsteller [62]) und die Gesetze betrachten das Urheber- und Verlegerrecht vorzugsweise von der vermögensrechtlichen Seite und verweisen die höchstpersönlichen Rücksichten aus dem Gebiete des Rechts hinweg [63]), oder wollen andere als pecuniäre Interessen durch eine glückliche Fassung des Schutzes der Urheberinteressen mit, jedoch nur secundär, gedeckt wissen [64]). Mehr berechtigt erscheint die Ansicht, welche die persönliche Seite des Autorrechts, mindestens als eine ebenso bedeutende und zu berücksichtigende wie

61) O. Wächter a. a. O. S. 113.

62) Böhmer, Pütter, Ehlers, Wernher, Kramer, Rénouard, Jolly, O. Wächter u. A. m.

63) O. Wächter a. a. O. S. 90—94.

64) C. v. Gerber a. a. O. S. 370.

die vermögensrechtliche hervorhebt [65]), und der Wahrheit am nächsten steht die Auffassung, daß die persönliche Seite des Urheberrechts die vermögensrechtliche als eine nur secundäre für den Begriff des Rechts überwiegt, wobei jedoch wieder zu weit gegangen wird, wenn das Urheberrecht als ein rein persönliches oder bloß höchstpersönliches betrachtet, oder einseitig die literarische oder künstlerische Ehre, oder die intelligente Seite als Inhalt jenes persönlichen Rechts bezeichnet wird [66]).

Von allen Erörterungen über die systematische Natur des Urheberrechts scheint die Lange's [67]) die meiste Anerkennung zu verdienen. Er geht nämlich von dem Willen, als derjenigen Seite der Persönlichkeit aus, auf welche im Rechtssystem großes Gewicht gelegt werde und welche auch als Hauptquelle des Autorrechts anzusehen sei, und glaubt, daß unter dieser Voraussetzung das Autorrecht als ein wirkliches, wenn auch eigenthümliches Privatrecht aufgefaßt werden könne. Der Besitz körperlicher Gegenstände bietet ihm eine Analogie dar. Der Besitzer werde deshalb geschützt, weil sein animus mit einem besonderen corpus zusammentreffe, so daß eine Störung ihn in seiner das Besitzobject schirmenden Persönlichkeit verletzen würde; ähnlich gehe die Willensrichtung des Autors auf den ausschließlichen Druck seines Geisteswerks. Der Unterschied jedoch liege darin, daß beim Besitz auf Grund einer körperlichen Thätigkeit der animus im Betreff des res sibi habendi geschützt werde, während beim Geistesproduct auf Grund einer geistigen Thätigkeit die beanspruchte ruhige oder ausschließliche Befugniß auf die nun möglichen

65) Beseler a. a. O.
66) Neustetel a. a. O. Harum a. a. O. S. 55 ff.
67) A. a. O. S. 40—50.

mechanischen oder körperlichen Handlungen Garantie finde. Auf der einen Seite entspringe aus einer körperlichen Thätigkeit ein Recht auf ungestörten factischen Zustand, auf der andern Seite fließe aus geistiger Thätigkeit ein Recht auf ausschließliche körperliche Handlungen; das vermittelnde Moment bleibe immer die Willensrichtung. Fasse man geistige Thätigkeit, körperliche Thätigkeit und factischen Zustand als Gradunterschiede, so stehe das Autorrecht eine Stufe höher als das Besitzrecht; dieser nur graduelle Unterschied habe aber auf den inneren Grund beider Rechte keinen Einfluß, welche zu gleicher Zeit in der Persönlichkeit, soweit sie den Willen in sich schließe, ihr Fundament fänden. Beim Besitz liege eine körperliche Sache vor, welche körperlich ergriffen werde mit dem animus, im Zustande ihres ausschließlichen Habens zu bleiben, beim literarischen Erzeugniß dagegen seien es Gedankencombinationen, welche producirt würden mit dem animus, die mechanische Thätigkeit ihrer Vervielfältigung ausschließlich zu üben. Beide Rechte hätten somit den gleichen Grund persönlicher vom Willen geleiteter Thätigkeit und stimmten daher in ihrem Fundament überein, was ihre Zusammenstellung im System begründe; jedoch gingen sie im Betreff ihrer Objecte weit aus einander. Wohl könne deshalb der Besitz, welcher eine körperliche, ausschließlicher Beherrschung fähige Sache zum Gegenstand habe, zum Eigenthum führen, keineswegs aber das Autorrecht, da diesem Gedankencombinationen zu Grunde lägen, über welche die Möglichkeit dauernder ausschließlicher Herrschaft wegfalle. Aus dieser Differenz ergebe sich folgerecht die weitere Möglichkeit, daß langgeübter Besitz zu einem selbstständig dinglichen Rechte, zum Eigenthum führe, während das langgeübte Autorrecht endlich ein Gemeingut zurücklasse. Gleichwohl bleibe das

Autorrecht ein selbstständiges Recht, gleichwie der Besitz auch ohne Rücksicht auf das ihm zu Grunde liegende oder aus ihm möglicher Weise hervorgehende Eigenthum ein für sich bestehendes Recht sein könne, weil er eben in der Persönlichkeit, wie das Autorrecht, seinen Grund habe. Diese letztere Annahme erscheine ebenso zweckmäßig als nothwendig, um das reine Factum des Besitzes zu einem Rechte zu erheben oder aus jenem Factum wenigstens rechtliche Folgen herzuleiten. Wenn nun zu letzterem Zwecke der Umstand genüge, daß der Besitzer eine von bewußtem Willen geleitete körperliche Thätigkeit aufgewendet habe, so werde sich aus dem ähnlichen Umstande, daß zur Production eines Geisteswerks geistige Thätigkeit aufgewendet sei, gewiß mit gleicher Berechtigung ein analoges Recht begründen lassen. In beiden Fällen erlange ein durch körperliche oder geistige Thätigkeit erreichtes Factum wegen hinzutretender Richtung des persönlichen Willens juristischen Schutz, so daß eine reine Thatsache durch Deckung der Persönlichkeit rechtliche Weihe erhalte. Das Autorrecht erscheine gleich dem Besitze nicht als ein Rechtsverhältniß, das seinen rechtlichen Charakter wie das Eigenthum in sich trage, sondern als ein solches, das ihn von einem anderen Recht entlehne. In solchem Sinne möge daher das Autorrecht auch als persönliches Recht aufgefaßt werden und im Rechtssystem unter der Lehre von den Rechten an der Person (Puchta, Pandecten § 114 ff.) als dritter Abschnitt, falls die beiden ersten Abschnitte das Recht der Persönlichkeit selbst, sowie das Recht des Besitzes abhandelten, finden.

So hat denn Lange, dessen Deduction hier vollständig wieder gegeben werden mußte, das Autorrecht dem Besitz als analoges Recht gegenübergestellt, indem das Besitzrecht ein aus körperlicher Thätigkeit, das Autorrecht aus geistiger Thätigkeit entstandenes Recht, jenes auf ungestörten factischen

Zustand, dieses auf ausschließlich beanspruchte körperliche Handlungen gerichtet sei; doch warnt er vor der Folgerung, daß etwa das Autorrecht eine Art Besitzrecht sei oder die Natur desselben habe, denn Gegenstand wie Zweck beider Rechte seien verschieden, und nur das Fundament, die gemeinsame Herleitung aus der Persönlichkeit sei ihnen gemeinsam [68]). In einer anderen Richtung legte nach Lange auf den Willen R. Schmid [69]) ein besonderes Gewicht, natürlich ohne deshalb seine Theorie des „immateriellen Eigenthums" zu verändern; wie nämlich der Specificant nicht durch das bloße Factum der Verarbeitung des Stoffes Eigenthümer der neuen Sache werde, sondern nur, wenn er den animus domini oder sibi habendi damit verbinde, so könne auch nach der Natur der Sache der Autor eine Herrschaft über das Product seiner Thätigkeit oder ein Verfügungsrecht in Beziehung auf die Vervielfältigung und Veröffentlichung seines Werks nicht ohne entsprechende Willensrichtung begründen und in concreto müsse dieser animus sibi habendi des Autors aus der Natur des Geistesproducts erschlossen werden. Das Hervorheben des Willens, welcher als „Absicht" auch von anderen Schriftstellern (v. Gerber, Gengler, Jolly) als Kriterium eines Anspruchs auf den Rechtsschutz hervorgehoben wird, belegt nur die Richtigkeit der Ansicht, daß die Willensseite die Entscheidung für die Natur des Autorrechts abgiebt.

Gegen diese Ansicht könnten namentlich Diejenigen, welche das Autorrecht in einem Vermögensrecht aufgehen lassen und beim Wegfall eines Vermögensinteresses auch dem Autorrecht seine Bedeutung benehmen, einwenden, daß im Leben das

---

68) Bluntschli hatte bereits in seinem Deutschen Privatrecht, 1853, dem Autorrecht das letzte Capitel unter den Personenrechten eingeräumt.

69) Kritische Zeitschrift, 1859, S. 445 ff.

Vermögensinteresse bei der Geistesproduction am meisten hervortrete und daß gerade dieses den positiven Rechtsschutz veranlasse. Lange[70]) giebt zur Wahrung seiner eben mitgetheilten Auffassung folgende Entgegnung hierauf ab. Die vermögensrechtliche Bedeutung des Autorrechts sei keineswegs von Einfluß auf die Existenz des Rechts selbst, sondern sei rein secundär und erscheine durch ihre Begleitung der persönlichen Seite nur als Verstärkungsmittel für die schon bestehende Rechtskraft und möge nur ausnahmsweise die sonstige Strenge des Rechts aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit modificiren oder auf die Gesetzgebung in gewissen Punkten, wie bei Verlängerung der Dauer des Rechts, einwirken. Das positive Recht verlange zum Begriff des Nachdrucks allein den Mangel der Genehmigung, also eine Willensverletzung des Autors, nicht aber wirkliche Verbreitung der einzelnen Nachdrücke und dadurch erfolgte Vermögensbeeinträchtigung. Wesentliche Grundlage bleibe immer die Autorthätigkeit, und wenn auch in den meisten Fällen vorzugsweise das Vermögensinteresse zur Sprache komme, so biete die Praxis, wie Heydemann's Sammlung literärischer Gutachten ergebe, auch achtbare Gegenbeispiele. Dem Standpunkt des reinen Vermögensprincips mangele der juristische Anhalt und gerade da, wo ein Gewohnheitsrecht untergelegt werde, weil bei der Frage nach dem Ursprunge auf den Grund der Dinge zurückzugehen sei, also die äußere Erscheinung nicht allein genüge, sondern ihre Begründung im Rechtsbewußtsein aufgesucht werden müsse. Auch Bluntschli[71]) erkennt an, daß der Vermögenswerth nicht den innersten Kern des Autorrechts bilde, sondern für die juristische Erkenntniß nur von secundärer Bedeutung sei, obwohl diese Seite, um

70) A. a. O. S. 45—50.
71) Deutsches Privatrecht (1860) S. 112.

deren willen das Autorrecht dem Eigenthum verwandt werde(?), practisch allerdings die wichtigste sei; es sei möglich, daß das Werk erst dann einen Vermögenswerth bekomme, wenn der Autor sein Recht ohne alle Honoraransprüche auf einen Verleger übertragen habe, also erst in der Person des Verlegers, während der Kern des Autorrechts auch in diesem Falle in der Person des Autors begründet gewesen und auf den Verleger nur in beschränkter Weise übertragen worden sei. Das Autorrecht sei demnach (wie das Recht auf eine Firma) primär ein persönliches, secundär ein Vermögensrecht. Aus diesem Grund hat Bluntschli auch dem Autorrecht im System seines deutschen Privatrechts im Buch I Cap. 6 die letzte Stelle unter den Personenrechten eingeräumt.

Nach den angeführten Ansichten würde die Alternative offen stehen, entweder das Autorrecht, wenn man den practischen Standpunkt einnehmen wollte, als ein Vermögensrecht zu betrachten, dann aber müßte dasselbe im System jedenfalls als ein besonderes dingliches Recht hingestellt werden, oder es unter die Personenrechte zu stellen. Die letztere Stellung ist jedenfalls die juristisch richtigere, die erstere hingegen der vulgären Anschauung angemessener, weil, wie gezeigt worden ist, das Recht auf die Früchte der Arbeit nach der Volksanschauung sich eng an ein Recht aus und in dem Product anschließt und erst mit Hülfe dieses ausführbar erscheint.

Aus der Natur des Autorrechts folgen auch dessen Attribute, welche die Gesetzgebung jedoch aus gewissen Gründen modificiren darf.

Wenn der Wille des Urhebers als das beachtenswertheste Moment hervorgehoben worden ist, so wird es lediglich auch von diesem zunächst abhängen, wie weit und wie lange sich das Autorrecht wird geltend machen können. Ein freiwilliger Verzicht auf das höchstpersönliche Urheberrecht,

entweder durch ausdrückliche Uebertragung der nominellen Urheberschaft auf einen Anderen, dem der natürliche Urheber gestattet, sich als solchen zu geriren, oder durch stillschweigendes Dulden einer pro autore gestio von Seiten eines Nichturhebers, wird nicht ausgeschlossen werden können; natürlich erntet der nominelle Urheber dann auch wenigstens die ideellen Früchte der Arbeit und hat auch diese selbst zu vertreten. Bei anonymen oder pseudonymen Werken verzichtet der Urheber keineswegs auf das höchstpersönliche Recht der Urheberschaft, auf Anerkennung seiner Leistungen und die Autorehre, die er recht gut auch im Stillen genießen wollen kann.

Der Wille des Autors kann durch die Gesetzgebung den Empfängern gegenüber dadurch gesichert werden, daß sie im Allgemeinen gestattet, daß der Urheber die gewöhnlichen Gränzen für die Respectirung seines Willens in einzelnen Fällen erweitere; dadurch werden die Verbote oder Vorbehalte eines Autors, natürlich soweit sie innerlich berechtigt sind und namentlich auf dem Grunde der Sicherung der Fruchtziehung aus der Arbeit beruhen, als allgemein zu achtende sanctionirt und in solchen Fällen können besondere subjective Rechte des Urhebers dem Publicum gegenüber begründet werden, z. B. ein Bundesbeschluß (v. 12. März 1857) erkennt das Recht des Autors an, die Ausschließlichkeit der Aufführung eines dramatischen Werks bei dessen Veröffentlichung durch den Druck sich vorzubehalten. Eine derartige Dispositivbestimmung erweitert, könnte dem Willen eines Autors einen größeren Spielraum geben. So würde ein Maler oder Bildhauer bei der Ausstellung seines Werks den ausdrücklichen Vorbehalt machen können[72]), daß eine Copie von dem Original

72) Oesterreichisches Gesetz a. a. O. § 10. Harum a. a. O. S. 174.

nicht gemacht werden dürfe, weil darin schon die Gefahr liegt, daß seine Interessen an der Ausschließlichkeit verletzt werden können; ein solcher Vorbehalt ist ein innerlich wohl berechtigter, auch wenn es sich nur um ein Copiren nicht zum Zweck der Vervielfältigung oder Veröffentlichung handelte [73]). Will die Gesetzgebung die Ausflüsse des Autorrechts nicht durch einen allgemeinen, den Vorbehalt oder das ausdrückliche Verbot des Urhebers im einzelnen Fall schützenden Rechtssatz sicher stellen, so könnte dem Willen des Autors dadurch Gerechtigkeit widerfahren, daß entweder die Befugnisse des Publicums an dem Geisteswerk einzeln aufgezählt oder festgestellt werden und jede darüber hinausgehende, in Anspruch zunehmende Befugniß von der Einwilligung des Autors oder seiner Rechtsnachfolger abhängig gemacht werde, oder aber daß noch zweckmäßiger im Allgemeinen die Befugniß zur geistigen Reception abgegränzt und dann entweder jede darüber hinausgehende Gebrauchmachung von dem Willen des Urhebers oder seiner Rechtsnachfolger abhängig gemacht oder ein allgemeiner Schutz der Verbote oder Vorbehalte der Urheber und ihrer Rechtsnachfolger durch das Gesetz garantirt werde. Im Allgemeinen und in der Regel geht der Wille des Urhebers dahin, daß sein Geistes- oder Kunstproduct nur geistig recipirt werde, daß jedoch die Vermittelung der geistigen Reception in keiner anderen als der von jenem bestimmten und begränzten Weise vor sich gehe, daß namentlich die specifischen Mittel der Erkenntniß des Geistes- oder Kunstwerks von ihm ausschließlich bestimmt, geschaffen und verbreitet werden. Die Ideen sollen Gemeingut werden, die Mittel ihrer Verbreitung aber,

73) Bluntschli a. a. O. S. 124 hält das privatim Copiren nicht für eine Verletzung des Autorrechts, sofern es sich nicht um eine Nachbildung oder Vervielfältigung zum Zweck der Veröffentlichung ohne Genehmigung des Urhebers handelt.

in denen die Fruchtziehung von der Arbeit geborgen liegt, will der Autor selbst und allein bestimmen, schaffen und verbreiten. Die Gesetzgebung muß hier die rechtlichen Interessen der Urheber erforschen und bedenken, daß Rechte derselben zu schützen sind, denen keineswegs „Rechte der Gemeinschaft“[74]), sondern bloße Wohlfahrts- und Nutzensinteressen gegenüberstehen. Das den geistigen Gehalt in der vom Autor bestimmten specifischen Form offenbarende Mittel tritt mit dem Willen jenes in's Dasein, als ausschließliches Mittel der Offenbarung zu gelten, und es als solches allgemein gelten zu lassen, ist die vom Volksbewußtsein anerkannte und vom Gesetz heutzutage zu formulirende allgemeine Rechtspflicht.

Es hängt ebenso von der Volksanschauung und folgeweise von der Gesetzgebung ab, an welchen Producten den Urhebern das Urheberrecht und dessen Schutz zustehen soll, im Besonderen, was unter einem literarischen und artistischen Erzeugniß zu verstehen sei. Die Strafgesetzgebung, welche den öffentlichrechtlichen Schutz des Urheberrechts zu bestimmen hat, schließt sich natürlich an die Begriffe des Civilrechts an und für sie genügt nur, daß die juristische Natur des verletzten Rechts feststeht.

Hier ist noch der Ort, der Uebertragbarkeit des Autorrechts, soweit es die Vermittelung eines Geisteswerks an das Publicum betrifft, zu gedenken.

Die einfachste Art und Weise der Mittheilung eines Geistes- oder Kunstproducts an das Publicum würde die sein, daß der Urheber sie selbst bewerkstelligt, der Schriftsteller sein Werk vorträgt, der Künstler das seinige ausstellt u. s. w. Jedoch sind eine Menge derartiger Werke von der Art, daß ihre Verbreitung rascher und in weitere Kreise durch Vermittelung

---

74) Bluntschli a. a. O. S. 112. 4.

anderer Personen und deren Thätigkeit erfolgt. Zahlreiche Hülfsmittel sind mit der fortgeschrittenen Cultur entstanden und die Productivität des Lebens wird noch mehr erzeugen. Das hauptsächlichste Hülfsmittel der Verbreitung der in den Geistes- und Kunstwerken enthaltenen Ideen ist die Exemplificirung des Originalwerks. Die Art und Form der Vervielfältigung dieses hängt vom Willen des Urhebers ab und die von ihm bestimmte ist eine specifische oder Originalform, welche vermöge des Urheberrechts als begränzt unantastbar, namentlich unnachahmbar und ausschließlich für die Darstellung jener Ideen angesehen werden muß. Fehlte es an Verbreitungsmitteln für Werke, die bloß durch die Sprache dargestellt werden, so würde sich der Autor zur rascheren und weiteren Verbreitung seiner Erzählungen, Poesieen u. dergl. anderer Personen bedienen müssen, durch deren Hülfsthätigkeit die Wahrnehmung durch das Ohr und Gesicht der Menge vermittelt würde, wie das heutzutage der Fall ist bei den ungedruckten oder nur als Manuscript gedruckten Werken der Musik und dramatischen Poesie. Hier ist also der Urheber genöthigt, die Befugniß zur Darstellung seiner Ideen mittelst der Sprache und Mimik oder der Töne bestimmten Personen zu übertragen und sich deren Thätigkeit zur Veröffentlichung zu bedienen. Jede nicht vom Urheber bestimmte oder gestattete Darstellung seines Werks ist eine unbefugte, weil seinen Willen verletzende, welcher Substrat seines persönlichen Rechts ist. Also hier bestimmt der Urheber eine specifische Form der Mittheilung und schließt damit alle gleichgearteten oder ähnliche Formen einer Mittheilung seiner Ideen aus; die Berechtigung zu dieser Ausschließung ist eben aus dem Urheberrecht und dessen Fundamenten abgeleitet. Dieses Recht zur Abhaltung aller Concurrenz der Mittheilung überträgt der Urheber auf die die Verbreitung vermittelnden Personen, ohne es jedoch

selbst aufzugeben; daher ist streng genommen nur die Ausübung des Autorrechts zur Erreichung der vom Autor beabsichtigten Zwecke auf die von ihm beauftragten Darsteller übertragen, den sie gewissermaßen wie Mandatare vertreten, — eine Anschauung, von der Kant ausging, die ihn aber verleitete, den Nichtbeauftragten als ungerufenen und unbefugten Geschäftsführer zu betrachten, was jedoch unrichtig ist, weil der animus des gestor, im Interesse des dominus zu handeln, meist bei der unbefugten Vervielfältigung und Veröffentlichung von Geisteswerken gänzlich fehlt und der animus des unbefugten Darstellers sogar auf einen Gewinn mittelst Verletzung der Rechte des Urhebers und seiner Rechtsnachfolger gerichtet ist, so daß ein Delict, nicht aber eine negotiorum gestio vorläge. In einzelnen Fällen kann die Mittheilung von derartigen musikalischen oder dramatischen Werken durch ein Mandat, mehr aber durch einen Miethvertrag begründet sein, z. B. wenn ein Componist sich eine Capelle zur Verbreitung seiner Werke miethete, oder ein Dichter sich Schauspieler oder wandernde Recitanten zur Veröffentlichung seiner Poesieen hält, u. dergl. Seltenheiten mehr. Wer wirklich im Interesse des Autors, ohne von ihm dazu beauftragt zu sein und andere Interessen etwa ausschließlich vom Autor beauftragter Darsteller seiner Ideen zu verletzen, dessen Werke in der Absicht, dem Autor zu nützen, darstellte, ihm auch Ehre und Gelderwerb brächte, würde als negotiorum gestor angesehen werden können; wenn dagegen der Autor wirklich Einen oder Einige, mit der Befugniß zur Ausschließung aller Nichtbeauftragten, zur Verbreitung und Veröffentlichung seines Werks bestimmt und einen Erwerb daraus gestattet hat, dann würde ein negotiorum gestor nicht bloß den Willen des Autors, sondern auch Rechte der ausschließlich Befugten und gewissermaßen Handlungen gegen

Verbote vorgenommen haben. — Sieht man aber von einer derartigen mehr noch auf naturellem Standpunct stehenden Verbreitung und Veröffentlichung der Geisteswerke ab und betrachtet man den eigentlichen Verlag von Werken, welche mit Hülfe der Mechanik und Technik vervielfältigt werden, von Druckwerken aller Art u. dergl., so kommt auch hierbei das eben Gesagte zur Anwendung. Der Grund und Zweck desselben ist identisch; er ist die Vervielfältigung des Originalwerks zum weitern Zweck der Veröffentlichung und Verbreitung der darin enthaltenen Darstellung eines Ideenzusammenhangs oder technischer Fertigkeiten. Durch die Exemplificirung des Originals, des Manuscripts, einer Handzeichnung u. s. w. unterscheidet sich der Verlag von der bloßen Verbreitung der Commission. Die Vervielfältigung ist nur Mittel zur Vermittelung der Reception des Geisteswerks als ideellen Ganzen von Seiten des Publicums. Das Exemplar bietet dem Auge die sinnliche Wahrnehmung und diese dem Geiste die Erkenntniß des Inhalts des Exemplars. Weil dem Autor die Mittel zur Vervielfältigung abgehen, so pflegt er sich der Hülfe Anderer zu bedienen, deren Arbeit er irgend wie belohnt. Läßt er das Werk auf seine Kosten vervielfältigen oder in Exemplaren herstellen, so hat er es im Selbstverlag und könnte es dann auch selbst vertreiben und aus diesem Vertrieb zunächst den Ersatz seiner Auslagen und dann den weiter beabsichtigten materiellen und ideellen Lohn seiner Arbeit ernten, oder wenn ihm solcher abgeht, eben unbelohnt bleiben. Das würde der natürlichste Verlauf der Vermittelung an die Reception der Menge sein, jedoch auch der mühsamste und den Autor am wenigsten zum Ziele führende. Die Geschäftswelt hat hierzu die Vermittelung eines Verlegers erfunden. Der Autor überträgt ihm die Ausübung seines ihm ursprünglich und ausschließlich zustehenden Rechts der

Vermittelung des Geisteswerks an die Empfänger und der Verleger übernimmt die Ausführung des ihm gewordenen Auftrags als eine ihm durch freiwilliges Versprechen übertragene Pflicht; er kann sich der mit Erfüllung derselben verbundenen Arbeit und Kostenaufwendung nur unterziehen, wenn ihm die Aussicht auf Ersatz der Kosten und Belohnung der Arbeit eröffnet wird. Diese Aussicht eröffnet sich aber nur vermöge der ihm vom Autor zugesagten Befugniß zur Ausschließung der Concurrenz. Die Befugniß zur Vervielfältigung des Werks, welche der Natur des ganzen Verhältnisses nach nur vom Autor ausgeht und auf den Verleger von ihm übertragen wird, könnte der Autor mehreren Verlegern übertragen, so gut als in den oben erwähnten Fällen der Mittheilung musicalischer und dramatischer Werke, ja er könnte die Vervielfältigung allgemein gestatten, — allein es würde, vielleicht den ersten Verlag ausgenommen, kein Verleger den Auftrag des Autors ausführen, weil die rasche Concurrenz den Lohn der Arbeit entziehen und nur Schaden verursachen würde — das liegt eben nur in der Natur der mechanischen Vervielfältigung und der daran sich knüpfenden commerciellen Verhältnisse. Nur die Ausschließlichkeit der Vervielfältigung vermag dem Verleger die Aussicht auf Lohn der Arbeit, worauf er ein ebenso natürliches Recht wie jeder Andere hat und den eine bloß einmalige Concurrenz schon in Frage stellen kann, zu sichern; dazu kommt noch die Unsicherheit der Fruchtziehung an sich. Auch die Befugniß des Verlegers zur Ausschließung der Concurrenz erkennt das Volksrechtsbewußtsein unter Berücksichtigung der durch die factische Gestaltung der Dinge gebotenen Nothwendigkeit als eine rechtlich erzwingbare und zu schützende an, weil auch ihm das Recht auf Lohn der Arbeit realisirt werden muß, wenn überhaupt derartige Arbeit noch betrieben werden

soll[75]). Die Ueberzeugung muß nahe liegen, daß die Eröffnung der freien Concurrenz und beliebigen Vervielfältigung der Geisteswerke nicht nur Gewinn und Verlust sehr ungleich vertheilen, sondern auch schließlich das Unternehmen der Vervielfältigung von Geisteswerken sehr gefährden und wegen der Gefährdung ganz aufhören machen würde, was zur Folge hätte, daß auch den Urhebern die Mittel zur Veröffentlichung ihrer Geisteswerke entzogen würden und die Geistesarbeit nach und nach ziemlich aufhören könnte, und natürlich weiter die tiefgreifende Folge, daß ein Rückschritt in der Cultur eines Volkes gemacht werden würde. Ein wahres staatsgesellschaftliches Bedürfniß ist daher der Rechtsschutz und zwar ein vollkommener und ausreichender Rechtsschutz der schriftstellerischen und künstlerischen Erzeugnisse durch Anerkennung der ursprünglichen Urheberrechte. Die Volksanschauung wird auch hier wieder mehr den eben gezeigten Weg der politischen Begründung einschlagen und daraus das Recht auf Ausschließlichkeit der Verleger bei Vervielfältigung der Schriftsteller- und Kunstwerke feststellen, während in reinerer Erkenntniß der Dinge diese Ausschließlichkeit aus dem Urheberrecht selbst abzuleiten ist.

Also gewissermaßen das Pfand für Vergeltung der Verlegerarbeit, welches der Autor dem Verleger einzusetzen hat und diesem überhaupt als erste Bedingung der Uebernahme des ganzen Vermittelungsgeschäfts erscheinen muß, ist des Autors

75) Insofern könnte man dem Verleger schon einen ihm unmittelbar zustehenden, originären Schutz beilegen; aber seine Arbeit ist ja nur eine ihm vom Autor, zwar eigentlich selbst zu verrichtende jedoch übertragene Arbeit, deren Resultat eben doch nur als des Autors Werk in der von ihm bestimmten Form gilt. Des Verlegers Beitrag zur Verbreitung des Werks ist nur Hülfsarbeit für den Autor, dem aus seiner Person das Recht auf ausschließliche Vermittelung der Reception der Menge zufließt, und der für diese zustehende Schutz kommt erst mittelbar dem Verleger für die ihm vom Autor aufgetragene, für ihn zu leistende Arbeit zu Gute.

Befugniß der Ausschließung aller Anderen von der mechanischen Vervielfältigung seines Werks und die Uebertragung dieser Befugniß als einer rechtlich erzwingbaren und öffentlich zu schützenden auf den Verleger. Wer die Uebertragung dieser Befugniß vom Autor, welche im Leben nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend mit der Verlagsübertragung erfolgt, welche jedoch die Hauptstütze des ganzen Geschäfts ist, nicht nachzuweisen vermag, sobald durch positive Bestimmungen nicht Beschränkungen festgesetzt sind, muß naturrechtlich als unbefugter Vervielfältiger angesehen werden. Erst gegen Ueberlassung der Ausschließlichkeit der Vervielfältigung, welche die Fruchtziehung überhaupt bedingt, vermag dann weiter der Autor seine Ansprüche an der Fruchtziehung von der Verbreitung des Werks unter die Menge geltend zu machen, welche ihm ja auf diesem Wege überhaupt nur durch den Verleger möglich wird, mag sie ideelle oder materielle Früchte zum Gegenstand haben; denn ein Manuscript, das wegen Mangels eines Verlegers oder wegen der Unausführbarkeit des Selbstverlags im Kasten liegen bleiben muß, bleibt ein unfruchtbares Product in der Welt, wenn auch die Geistesbildung des Verfassers durch die darauf verwendete Arbeitskraft gefördert worden ist. Da der Verleger die Ausübung eines Theiles des Autorrechts von dem Autor herleitet und dieses immer noch bei dem Autor oder dessen Erben verbleibt, so muß auch, wenn der Verleger den Verlag auf einen Anderen übertragen will, so lange das noch möglich ist, die Einwilligung des Autors oder seiner Rechtsnachfolger dazu eingeholt werden, so daß der fernere Verleger seine Vervielfältigungs-, Veröffentlichungs- und besonders seine Ausschließungsbefugnisse immer doch nur vom Autor herleitet. Der ganze Arbeits- und Rechtsschutz der Verleger ist aber auch auf die vom Autor hergeleitete Befugniß zur Ausschließung einer Verlagsconcurrenz basirt und daher

bildet diese das wesentlichste Substrat des Verlagsvertrags [76]), welches als sich von selbst verstehend gewöhnlich bei Abschließung eines Verlagsvertrags mit Stillschweigen übergangen wird; denn daran, daß ausnahmsweise der Autor sein Werk gleichzeitig einem zweiten Verleger übertragen wolle, braucht auch ein vorsichtiger Verleger nicht zu denken, noch sich die Ausschließlichkeit seiner Verbreitungsbefugniß auszubedingen, weil diese eben die unumgängliche, in der Natur des Verlagsgeschäfts ruhende Voraussetzung desselben ist. Es kann allerdings vorkommen, daß z. B. eine Abhandlung aus dem Gebiet der gerichtlichen Medicin nach dem Wunsche des Autors in eine medicinische und in eine juristische Zeitschrift aufgenommen werden soll, weil hier eine Gefahr nicht aus der Concurrenz zu befürchten ist; allein solche Ausnahmen bedürfen erst einer besonderen Vereinbarung zwischen den Verlegern, wenn sie unangefochten bleiben sollen.

Hiernach geht für die Frage wegen der Uebertragbarkeit des Autorrechts kurz Folgendes hervor. Das ganze Autorrecht ist vermöge des Willens des Autors, dasselbe ganz aufzugeben und einen Nichturheber als Autor eines Werks mit allen Rechten daran gelten zu lassen, übertragbar. Der bloß nominelle Urheber erhält durch die Uebertragung die Rechte des wirklichen und eigentlichen Urhebers auf die Gefahr hin, daß die höchstpersönliche Seite des Urheberrechts, die Urheberschaft, ihm in der öffentlichen Meinung abgesprochen werden kann. Ein Theil des Urheberrechts, nämlich die Befugniß zur ausschließlichen Mittheilung des Werks an die Menge kann vom Urheber vermöge seines Willens an einzelne Personen in der Weise übertragen werden, daß sie anstatt des Urhebers selbst die von ihm bestimmten Handlungen der Mittheilung gegen Ueberlassung

76) Darin liegt eben die „Sicherung gegen Nachdruck", die v. Gerber a. a. O. S. 381 als nicht zum Inhalt des Verlagsvertrags gehörig betrachtet.

des daraus gezogenen oder zu ziehenden theilweisen oder ganzen Gewinnes, jedoch auf ihr eigenes Risico, aber unter der selbstverständlichen Bedingung der vom Autor abzuleitenden Ausschließlichkeit der Mittheilungshandlungen zum Schutz ihrer Arbeit, vornehmen und demnach die Ausübung eines Theiles des Urheberrechts mit dessen rechtlichen Wirkungen übertragen erhalten.

Endlich bedarf die Dauer des Urheberrechts noch einer kurzen Erwähnung. Rechte im subjectiven Sinn haben ihre Existenz nur in Subjecten oder Personen; ohne Träger sind sie undenkbar. Rein persönliche Rechte erlöschen folgeweise mit dem Untergang ihrer Träger; andere Rechte jedoch gehen auf die Rechtsnachfolger und besonders die Erben der natürlichen Person über. Wie der Besitz mit dem Tode aufhört, so müßte auch wenigstens das höchstpersönliche Urheberrecht nach der oben erwähnten Ansicht Lange's erlöschen. Dies scheint nur der Fall zu sein, denn der Anspruch auf den Urhebernamen und die Urheberehre kann doch ohne Subject nicht mehr geltend gemacht werden. Sollte dies aber wirklich so unbedingt gelten? Wenn Jemand ein Werk hinterläßt, welches als Gegenstand der Fruchtziehung den Erben zur Verbreitung zufällt, sollte wider Willen der Erben Jemand sich für den Urheber ausgeben dürfen, das Werk etwa vorab- oder nachdrucken mit Vorsetzen seines Namens? Würde darin nicht, abgesehen von anderen Rechtsverletzungen, eine Anmaßung des Urheberrechts oder eines persönlichen Verhältnisses liegen? und könnten die Erben und das Publicum solche Anmaßungen dulden? Das Manuscript als körperliche Sache oder ein anderes Originalwerk geht in das Eigenthum der Erben über; geht auch die Urheberehre auf die Erben über? Es kann nicht geleugnet werden, daß in vielen Fällen die Erben berühmter Autoren einen größeren Werth auf ihre persönlichen Beziehungen und die Erhaltung des guten Namens und der Ehre ihres

Erblassers, als auf die materiellen Vortheile aus dessen Werken, die ihnen noch zufließen, legen. Wenn eines großen Dichters Erben unter dem Nachlaß ein Manuscript eines Dramas aufgefunden hätten und ein Dritter fände Gelegenheit, dasselbe rasch auf seinen eigenen Namen zu veröffentlichen, so würden sich jene und der von ihnen gewonnene Verleger nicht bloß bei Verfolgung und Untersagung des unbefugten Vorabdrucks genügen lassen, sondern das meiste Gewicht auf die Autorschaft und Erhaltung des Autornamens und der Autorehre legen und doch würde auch außer den Erben kein Anderer zur Geltendmachung des Rechtsschutzes berechtigt sein. Das positive Recht auf Grund einer von Jedem gefühlten inneren Berechtigung gestattet den Erben, wenigstens den nächsten Erben, eine Verfolgung von Injurien Verstorbener. Die Ehre ist ein höchstpersönliches Recht und dennoch sind die Erben, soweit es sich um einen Nachlaß handelt, als juristische Repräsentanten des Erblassers berechtigt, das höchstpersönliche Recht des Erblassers noch geltend zu machen. Der Grund liegt in der angenommenen Personeneinheit, wie auch bei Ehegatten, Geschwistern und selbst Brautleuten, deren Ehre gewissermaßen nach der Volksansicht eine einige, gemeinsame ist, weshalb auch das positive Recht den genannten Personen gestattet, die Ehrverletzung an dem anderen Theil wie eine an der eigenen Person zu verfolgen. Wo wegen der nicht unmittelbaren Nähe des Personenverhältnisses eine derartige Personeneinheit nicht angenommen werden kann, gestattet auch das positive Recht eine derartige Vertretung nicht. Es würde also nur in derselben Nähe auch den Erben des Autors gestattet sein dürfen, eine Verletzung der Ehre des verstorbenen Autors oder eine injuria in Neustetel's Sinn zu verfolgen. Das Fragliche würde jedoch hierbei sein, ob in der Anmaßung oder Streitigmachung der Autorschaft eine wirkliche Ehrverletzung im

heutigen Sinn zu finden wäre. Diese Analogie, wenn man sie auch gelten lassen wollte, würde jedoch für entferntere Erben nicht gebraucht werden können und eine Anmaßung der Autorschaft oftmals als Beeinträchtigung eines persönlichen Rechts unverfolgbar bleiben.

Es scheint vielmehr eine im vollen Einklang mit der Bedeutung des Autorwillens stehende Anschauung geltend gemacht werden zu können, um die Erben und Rechtsnachfolger zur Geltendmachung auch des höchstpersönlichen Autorrechts zu legitimiren. Der schon oben in einer Anmerkung des § 3 erwähnte Ausspruch des Justus Lipsius, welcher Veranlassung zù einem Vergleich des Geisteswerks mit einem Testament bot, führt zu dieser Anschauung. Er sagte: Ego semel et serio testor, audite qui in Europa: Nihil meum est aut erit, quod non de autographo meo et me volente sit expressum. Quicunque aliter, mihi injuriam facit, vobis fucum. Der Wille des Autors, für alle Ewigkeit auch als solcher geachtet zu werden, ist die rechtliche Basis für die Geltendmachung der Ausschließlichkeit des Autornamens, wie überhaupt des ganzen Autorrechts. Dieser Wille soll die Persönlichkeit in dem geistigen Vermächtniß für alle Zukunft als fortlebend und fortwirkend erklären; wie der Stifter einer milden Stiftung oder der eines Familienfideicommisses für alle Zukunft als bindend fest bestimmt, welcher Gebrauch von der Stiftung oder dem Vermächtniß gemacht werden soll, ebenso überläßt oder hinterläßt der Autor sein Werk zu einem durch das Autorrecht begränzten Gebrauch der Allgemeinheit. Das Werk ist das geistige Vermögen, das Capital, dessen geistige Nutzungen das Publicum ziehen soll, beschränkt jedoch durch den Willen des Stifters, sein Andenken in seinem bei Errichtung der Stiftung gehegten Willen zu ehren. Der Inhalt dieses Willens ist eben die Ausschließlichkeit der Autorschaft und der

Verfügung über die Vermittelung des Geisteswerks an das Publicum, welche nach dem Tode des Urhebers auf seine Rechtsnachfolger übergehen soll, wie er sie wirklich oder präsumtiv bestimmt haben mag. Der Autor wie der Stifter will an und in seinen Werken nicht nur erkannt, sondern auch anerkannt werden, nicht nur jetzt, sondern auch in aller Zukunft. Die Nichtachtung des Autorwillens ist das, was Lipsius als Unrecht oder injuria gegen den Autor, auch wenn er nicht mehr lebe, bezeichnet, und das Resultat der Nichtbeachtung ist der fucus oder die Grund- und Rechtlosigkeit der wider sein Verbot erzeugten Handlungsergebnisse. Somit würde aus dem Wesen des Urheberrechts die Legitimation der Erben oder der sonstigen Rechtsnachfolger zur Verfolgung von Anmaßungen behufs Erhaltung der Autorschaft begründet werden können und daraus würde sich ergeben, daß das höchstpersönliche Autorrecht, wenn es auch seinen ursprünglichen Träger verloren hat, insofern auf die Rechtsnachfolger übergeht, als sie befugt erscheinen, jeden Dritten von der Anmaßung desselben auszuschließen.

Was eben im Betreff der Dauer des höchstpersönlichen Autorrechts bemerkt worden ist, findet in gleicher Weise seine Anwendung für die übrigen in dem Autorrecht im weiteren Sinne enthaltenen Befugnisse. Die Erben oder sonstigen Rechtsnachfolger erscheinen als berechtigt, so lange es ihnen gefällt, den Willen des Urhebers jeden Dritten von einer Verfügung über die Mittheilung seines Werks an die Menge auszuschließen, geltend zu machen und aus dieser Geltendmachung die materiellen Nutzungen zu ziehen, die mit anderen vermögensrechtlichen Nutzungen in dem Nachlaß inbegriffen sind. Diese Nutzungen sind ähnlich den aus einer Stiftung oder einem Familienfideicommiß fließenden. Ein freiwilliger Verzicht auf diese und auf die Ausübung ihres ererbten Urheberrechts kann natürlich nicht ausgeschlossen werden, falls nicht eine ausdrück-

liche Gegenbestimmung des Autors vorliegt; ebenso können die Erben ihre Befugnisse aus dem Urheberrecht an Dritte übertragen und in vermögensrechtlicher Beziehung frei über ihr Recht verfügen. Sie können neue Verlagsverträge abschließen, wenn aus den alten ihnen keine Verpflichtungen mehr obliegen, sie können das Werk verbessern und vermehren lassen, neue Auflagen oder Ausgaben veranstalten und daraus immerwährend Nutzungen ziehen. Das Urheberrecht ist demnach, so lange Berechtigte davon Gebrauch machen wollen und können, ein immerwährendes. Durch Nichtausübung würde es an sich nicht verloren gehen oder erlöschen, sondern es würde einer Klage der Berechtigten nach Ablauf der Verjährungszeit, welche die Gesetzgebung analog zu bestimmen hätte, erst die Einrede der Verjährung entgegengesetzt werden müssen. Nach Ablauf der Verjährungszeit würde das Werk somit nicht Gemeingut werden, sondern das Urheberrecht würde auf denjenigen übergeben, der es unangefochten oder ungeachtet der Anfechtung früher Berechtigter zuerst ausgeübt hat. Dieser würde als Rechtsnachfolger durch Rechtssatz zu betrachten und dann auch zur Erhaltung des höchstpersönlichen Urheberrechts im Interesse des Werks durch Ausschließung Anderer legitimirt erscheinen. Hierdurch würde der Einwand beseitigt werden, daß mit der Annahme eines ewigen Urheber- oder Verlagsrechts möglicherweise ein Werk ganz außer Cours gebracht werden würde. Ein allgemeines Recht auf willkürliche Verbreitung eines Werks läuft gegen den ursprünglichen Willen des Urhebers und ist auf keine Weise juristisch zu begründen und die untergeschobene Phrase, daß das Werk Gemeingut werde, entbehrt alles rechtlichen Bodens [77]. Die

---

77) In dem Börsenblatt 1858, Nr. 159. S. 2479 macht ein Kritiker des geistigen Eigenthumsrechts und des Congresses zu Brüssel das Publicum gar zum Mitbesitzer (!) an einem veröffentlichten Werk.

Ausschließlichkeit bleibt immer und ewig und derjenige selbst, der durch Verjährung in das Urheberrecht succedirt, wird zwar durch den Rechtssatz der Verjährung geschützt, aber die Ausschließlichkeit als den reellen Hauptschutz seiner Arbeit und den Rechtsschutz derselben hat er keineswegs originär, unmittelbar aus sich selbst, sondern von dem wirklichen Urheber abzuleiten, dessen Rechtsnachfolger er durch einen Rechtssatz geworden ist. Die Bemerkung, daß, wenn ein Schriftsteller- oder Kunstwerk nicht irgend einmal Gemeingut werde, ein närrischer Kauz aus Eigensinn dasselbe dem Publicum vorenthalten könne und so demselben ein Mittel zur allgemeinen Förderung der Bildung entziehe, hat wenig auf sich und diese Nützlichkeitsrücksicht rechtfertigt keineswegs, Jemanden seine wohl begründeten Rechte zu schmälern. Ebenso wenig wird man dem Rechtsnachfolger des Autors eines Werks sein Recht, über neue Ausgaben zu verfügen, entziehen können, weil er sie nicht veranstalten will, als man den Autor selbst auf diese Weise zur Herausgabe seines Werks, und wenn es den Himmel auf Erden bereiten könnte, zwingen dürfte. Die Macht des Urheberwillens ist eben unbezwingbar, weil das Urheberrecht sie begründet. Ein wirklicher, aus öffentlichen Rücksichten gerechtfertigter Zwang zur Veröffentlichung würde nach Analogie des Expropriationszwangs doch wenigstens in der vollständigsten Entschädigung für die materiellen und ideellen Verluste, wohin auch die Beugung eines wohlberechtigten Willens gehört, ein Aequivalent bieten — aber daß nach Ablauf einer bestimmten Zeit dem Willen des Autors und seiner Rechtsnachfolger durch Gesetz ein Ende gemacht und das Urheberrecht ganz getilgt werde, ohne eine derartige Entschädigung, dürfte

---

Nicht besser ging's auf dem Congreß selbst mit dem Gebrauch der juristischen Begriffe und Bezeichnungen der Rechte an den Schriftsteller- und Kunstwerken.

vom rechtlichen Standpunct aus nicht zu rechtfertigen sein. Durch Verjährung wird das Urheberrecht als solches nicht aufgehoben, sondern es wird ihm nur in der Person des nicht Gebrauch davon machenden Inhabers ein Ende gemacht und es kann nach einem Rechtssatz auf einen Anderen, aber auch nur auf diesen Einen übergehen; es wird nicht getilgt, sondern wirkt fort. Giebt man es jedoch durch eine Bestimmung nach Ablauf einer bestimmten Zeit allgemein preis, hebt man damit die Ausschließlichkeit oder das innerste Wesen des Urheberrechts auf, so hört es überhaupt auf und die Erfahrung wird bald zeigen, daß schon die Furcht vor der Concurrenz und die Unsicherheit eines Lohns für die mit Kostenaufwand verbundene Arbeit davon abschreckt, dieselbe zu unternehmen, daß also gerade auf diesem Gebiete eine Gewerbefreiheit bewirken kann, daß bestimmte Erzeugnisse gänzlich verschwinden. Von naturrechtlichem, streng logischem und juristischem Standpunct aus erscheint eine Aufhebung des seiner Natur nach immerwährenden Urheberrechts nach Ablauf einer vom Gesetz bestimmten Zeit nicht als gerechtfertigt, so wenig als eine Zwangsenteignung ohne Entschädigung. Will der Staat in einzelnen Fällen, daß ein Urheberrecht aufhöre und vielleicht aus öffentlichen Rücksichten die Verbreitung eines Werks der freien Concurrenz überlassen werde, so kann er eine gesetzliche Bestimmung für diese Fälle ähnlich den Expropriationsgesetzen erlassen, worin eine Entschädigung für das Aufgeben des Urheberrechts zugesagt wird; oder aber will der Staat, daß die Verbreitung eines Werks gegen den Willen des Inhabers des Urheberrechts dennoch bewerkstelligt werde, so kann er eine zwangsweise Uebertragung der Verfügungs- und Verbreitungsbefugnisse gegen volle Entschädigung auf einen anderen Inhaber, welcher eben sein Urheberrecht von jenem abzuleiten hat, durch Gesetz zulassen und so das Wesen des Urheberrechts erhalten und gleichzeitig

die wirkliche Weiterverbreitung des betreffenden Werks durch die Ausschließung der Concurrenz erreichen, denn die freie Concurrenz muß auf diesem Gebiete der „Gewerbe“ wegen des erforderten Aufwandes und der kaum zu berechnenden Zufälligkeiten früher oder später zum Aufgeben der Arbeit führen. Eine theilweise Abhülfe kann, ohne die Natur des Urheberrechts schwer zu verletzen, auch dadurch geschaffen werden, daß die Verjährungszeit für die das Urheberrecht schützenden Rechtsmittel durch das Gesetz abgekürzt werde, soweit das eben unbeschadet der allgemeinen Grundsätze für die Verjährung geschehen kann. Die Gesetzgebung hat die Macht, durch eine Ersitzung des Urheberrechts construirend manche Abhülfe zu schaffen, ohne daß dadurch fühlbare Eingriffe in das Wesen des Urheberrechts selbst gemacht werden; es hängt natürlich dabei viel von der Auffassung der systematischen Natur des Urheberrechts ab.

Die gewöhnlichen buchhändlerischen und auch manche juristischen, überhaupt die von bloßen Nützlichkeits- und sonstigen allgemeinen Rücksichten geleiteten Versuche, für und gegen eine immerwährende Dauer des Urheberrechts zu kämpfen, kommen hier, wo es sich um strenge Folgerungen aus dem Naturrecht der Autorschaft handelt, nicht in Betracht[78]. Mit der Gesetzgebung hat natürlich auch ein Theil der Schriftsteller, ohne viel über den Urgrund des in Frage kommenden Rechts und über die innere Berechtigung der Gesetzesvorschrift nachzuforschen, eine Beschränkung der Dauer des Urheberrechts und ein Preisgeben desselben an die Allgemeinheit zu rechtfertigen

78) So z. B. die eine ganze Richtung vertretende Aeußerung im Börsenblatt, 1858, Nr. 159, S. 2498: „Das sogenannte geistige Eigenthumsrecht ist also, wie die Sachen liegen, durchaus nur auf den practischen Zweck des Capital- und Industrieschutzes der Verleger zurückzuführen.“ Sic!

gesucht, oder man hat sich schlechthin auf den Boden des positiven Rechts ohne alle Kritik gestellt. Die versuchten Begründungen für und wider stehen jedoch zu wenig auf dem Rechtsboden. Bluntschli, der zu viel Gewicht auf den Autornamen und die Autorehre, worauf sich besonders „die Persönlichkeit des Autors" beschränkt, gelegt hat, kommt, freilich ganz consequent, nicht über den erwähnten Standpunct der Vertretung der Ehre durch die Erben hinaus und beschränkt sich im Uebrigen auf die Zweckmäßigkeit; seine Auffassung ist immerhin eine noch geläuterte, weshalb sie hier mit seinen eigenen Worten gewissermaßen als vertretendes Motiv mehrerer deutschen Gesetzgebungsaussprüche aufgeführt werden soll [79]): „Es ist nun allgemein der Grundsatz anerkannt, daß das Autorrecht jedenfalls so lange dauert, als der Autor selber noch lebt. Er bleibt somit Herr seiner Mittheilungen an das Publicum, soweit das noch irgend möglich ist. Die neuere Rechtsbildung dehnt das Recht aber noch aus über seinen Tod und aus guten Gründen. Würde dasselbe auf die Lebenszeit des Autors beschränkt, wie die persönlichen Rechte in der Regel es sind, so wäre die Dauer desselben völlig ungewiß und um deswillen es für den Autor viel schwieriger, durch Vertrag mit einem Verleger den ihm gebührenden Vermögenswerth zu erhalten, und seine Familie würde überall nicht berücksichtigt, was um so unbilliger wäre, als durch den frühen Tod des Autors das Publicum, dem er durch sein Werk einen Dienst erwiesen, einen Zuwachs von Bereicherung bekäme [80]), während gleichzeitig dadurch die Familie, für die der Autor zunächst sorgen wollte, einen erhöhten Verlust empfände. Es wird daher die Persönlichkeit des Autors noch über seinen Tod

79) Bluntschli, Deutsches Privatrecht, § 47 a. E.

80) Doch nur die über das Werk herfallenden Verbreiter, die eine Ausbeute halten wollten.

hinaus in seinem Werk auch so geehrt, daß seiner Familie (d. h. seinen Erben) noch eine Zeit lang — so lange als das Gedächtniß der Persönlichkeit noch frisch ist und der Autor gewissermaßen noch in der nächsten Generation seiner Erben fortlebt — der Fortgenuß des Autorrechts zugesichert wird. Diesem Gedanken entspricht namentlich die gesetzliche Frist von dreißig Jahren nach seinem Tode."

Fragt man, welche Anschauungen wohl aus dem Volksrechtsbewußtsein über die Dauer des Urheberrechts sich vorfinden dürften, so möchte sich im Anschluß an die früher erwähnten über das Urheberrecht herrschenden Ansichten Folgendes ergeben[81]). An die Forderung, daß auch die Urheber von wissenschaftlichen und künstlerischen Erzeugnissen ein Recht auf Fruchtziehung daraus als ein erzwingbares haben sollen, schließt sich die weitere Forderung an, daß ihnen die Mittel dazu im Rechtsverkehr gesichert werden sollen. Jedenfalls soll auch der Lohn für die Arbeit ein vollständiger, ungeschmälerter sein; eine Gränze für die Gewinnziehung aus den Geistes- und Kunstwerken wird die Volksansicht ebenso wenig für gerechtfertigt halten, als für die Fruchtziehung aus anderen Arbeitserzeugnissen und sie wird die Erben und Rechtsnachfolger der Urheber nicht minder in infinitum für berechtigt zur Fruchtziehung aus

81) Die gesunde Volksanschauung will Organisation und Sicherung der Arbeit und gestattet Jedem unbedingte und ewige Fruchtziehung daraus. Die communistische Idee von dem Gemeingut der Schriftsteller- und Künstlerwerke ist ihr fremd, denn sie fühlt recht gut, daß die Analogie der Verkürzung der Fruchtziehung von Geistes- und Künstlerarbeit durch Zeitablauf zu höchst gefährlichen Consequenzen führt, um so mehr, als sie den gerade gangbaren Begriff des Eigenthums zu Grunde legt oder den der Capitalnutzung. Welche communistische Vermessenheit, wenn mit Zeitablauf Jedermann ein fremdes Capital soll nutzen dürfen! So denkt der gesunde Volkssinn und läßt sich nicht von philantropischen Phrasen der Doctrinäre von einem Gemeingut blenden.

deren Producten halten, als die solcher Personen, welche Bergwerke, Salinen und dergl. für Industrie und Handel nützliche Anstalten begründet und zum Nutzen des Publicums hergestellt haben. Was würde man dazu sagen, wenn Jemand seltene Naturalien gesammelt, oder zu deren Ansammlung Geld, Zeit, Fleiß u. s. w. verwendet hätte und dann seine Sammlung zum Nutzen des Publicums gegen ein Eintrittsgeld demselben öffnete und daraus eine Erwerbsquelle machte, wenn dann irgend eine Bestimmung gegeben würde, die Erben oder Rechtsnachfolger dürften kein Geld mehr nehmen und müßten die Sammlung der freien Benutzung des Publicums nach Ablauf einer bestimmten Zeit überlassen? Durch die Begränzung des Autorrechts mittelst einer Zeitbestimmung für seine Dauer würde in der That die Fruchtziehung aus den Schriftsteller- und Kunstwerken gänzlich auf den Stand einer bedingten Concession oder der Patentirung herabgedrängt. Auch der durch eine Zeitgränze beschränkte Patentschutz vermag in vielen Fällen keinen entsprechenden Lohn langer und mühsamer Erfindungsarbeiten zu gewähren, wenngleich aus volkswirthschaftlichen Rücksichten eine zeitliche Begränzung hier eher gerechtfertigt erscheinen mag [82]. Man wird im Volke keine Anschauung darüber finden, daß Jemand in der Fruchtziehung von seiner Arbeit zu Gunsten anderer Speculanten beschränkt werden solle. Fordert die Volksanschauung die Ausschließlichkeit der Mittheilung der Schriftsteller- und Kunstwerke an die Menge als das Mittel zur Erreichung des verdienten Lohnes, so wird sie auch anerkennen, daß dieser Lohn so lange ein verdienter und begründeter ist, als der Autor, seine Erben und Rechtsnachfolger das Product ausnutzen können und wollen, daß also das Autorrecht, soweit es die ausschließliche Benutzung des

82) S. v. Kleinschrod, Die internationale Patentgesetzgebung § 2—4.

Produkts vermittelst ausschließlicher Befugniß zur Mittheilung desselben an die Menge begreift, ein immerwährendes sei. Diese Forderung hat auch A. W. Volkmann[83]) ausgesprochen, ohne sie jedoch zu begründen; indessen wiegt seine Stimme um so schwerer, als er gerade das Wesen des Urheberrechts am reinsten und vollständigsten erfaßt hat. Die Stimmen derjenigen, welche hier vielleicht als Repräsentanten des Volksrechtsbewußtseins betrachtet werden könnten, nämlich der Verlagsbuchhändler, sind über diese Frage sehr getheilt, werden aber deshalb nicht allzu schwer wiegen, weil eine rein objective Anschauung der betreffenden Verhältnisse mehr oder weniger von subjectiven Rücksichten der Speculation getrübt werden wird.

So scheint denn die Entwickelung der Attribute des Autorrechts, der Uebertragbarkeit und der immerwährenden Dauer, aus dem Wesen jenes abgeschlossen werden zu dürfen.

83) Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. VI. S. 282 und Neue Jahrbücher für sächsisches Strafrecht, S. 204. Vgl. auch die nicht juristische, aber richtige Auffassung und Darstellung in der Cotta'schen, Deutschen Vierteljahrsschrift, 1860, Nr. 89. S. 97—105.

VII.

Friedrich Karl von Savigny.

Von

Rudolf Jhering.

Das Verlöschen des glänzendsten Sterns, den die deutsche Jurisprudenz aufzuweisen hatte, ist ein Ereigniß, von dem es mich drängt, in diesen Jahrbüchern Akt zu nehmen. Als die Kunde davon mir zukam, schrieb ich unter dem ersten unmittelbaren Eindruck einen Artikel, den ich bei den Bezügen, die dieses Ereigniß gerade für das benachbarte Frankfurt am Main, die Vaterstadt Savigny's, hatte, für ein dort erscheinendes Blatt bestimmte [1]). Schon damals gesonnen, dem großen Todten auch in den Jahrbüchern einen Nachruf zu widmen, habe ich mich bei dem Entwurf desselben überzeugt, wie mißlich es ist, zwei Mal in kurzer Zeit hinter einander dasselbe Thema zu behandeln, und da jener Aufsatz im Wesentlichen Alles enthält, was ich hier zu sagen habe, so habe ich mich entschlossen, ihn völlig unverändert abdrucken zu lassen. Nur zwei Anmerkungen habe ich hinzugefügt, die aber nicht mir, sondern Arndts in Wien gehören; sie sind der trefflichen Rede entlehnt, mit der dieser Gelehrte, ein Schüler Savigny's, die von der dortigen juristischen Fakultät ver-

---

1) Die „Zeit", Beilagen zu 180, 181, 184, 185.

anstaltete Gedächtnißfeier desselben in so würdiger Weise begangen hat [2]).

Ich entnehme Ihrem Blatte soeben die Nachricht, daß Savigny am 25. October in Berlin gestorben ist — eine Nachricht, die, obschon man seit Jahren auf sie gefaßt sein mußte, und obschon Savigny bereits seit dem letzten Decennium wissenschaftlich zu den großen Verstorbenen zählte, doch in allen Kreisen, wo man das, was die heutige Jurisprudenz ihm schuldet, zu ermessen im Stande ist, nicht verfehlen wird, tiefen Eindruck zu machen. In ihm, wie in keinem andern, ist die Geschichte der Jurisprudenz seit Beginn unseres Jahrhunderts verkörpert gewesen, und nach Jahrhunderten, wenn der Glanz der meisten Namen, die uns jetzt noch groß erscheinen, verblichen sein wird, wird der seinige nur um so heller strahlen, und die ganze Epoche der Wissenschaft, die mit ihm beginnt, und Alles, was von Andern gethan und geleistet ist, wird um diesen Mittelpunkt sich lagern und als mittelbares Verdienst ihm zugewiesen werden. Darum ist dieser 25. October des Jahres 1861 für die Jurisprudenz ein historischer Tag wie kein anderer, und wenn er ihr auch keine Hoffnungen raubt, keine reiche Zukunft im Keime ertödtet, wie einst der 8. Januar 1846, der Todestag Puchta's, sondern eine ruhmgekrönte Vergangenheit zum Abschluß bringt, einen Baum fällt, der seit Jahren keine Früchte mehr getragen, so hat doch dieser Baum deren getragen in solcher Menge, und so war er doch, auch entlaubt und entblättert, eine so majestätische Erscheinung, weit hervorragend über alle Bäume des Waldes und weit gesehen und gekannt über die Marken des deutschen Vaterlandes hinaus, daß die Kunde seines Falles in Jedem,

2) Rede zur Feier des Andenkens an Fr. K. von Savigny am 31. Oct. 1861 gehalten vom Regierungsrath Professor Dr. Arndts. (Aus der k. Wiener Zeitung besonders abgedruckt.)

der ein Auge für seine Größe hat, eine ernste Stimmung hervorrufen wird, der sich bei Allen, welche wissen, wie viel sie unmittelbar oder mittelbar ihm schulden, das Gefühl der Dankbarkeit hinzugesellen wird. Verstatten Sie mir dieser Stimmung Ausdruck zu geben. Gerade ein Frankfurter Blatt ist wie kein anderes geeignet dazu, denn Frankfurt ist es, das auch diesen großen Mann der deutschen Nation geschenkt hat— dreißig Jahre nachdem Goethe in seinen Mauern das Licht der Welt erblickt hatte: im Jahre 1779. Für die Geschichte der Jurisprudenz wiegt dieser Name nicht leichter, als der Goethe's für die der deutschen Poesie und Literatur, und das Schicksal hat, möchte man meinen, in dem Einen den Andern copiren wollen, so genau hat es den Parallelismus in ihren beiderseitigen Schicksalen innegehalten; nur wenig Monate fehlen, so wäre auch das Ziel, das die Natur ihrem äußeren Leben gesteckt hatte, ganz dasselbe geworden.

Eine öde Zeit war es, als Friedrich Karl von Savigny das Licht der Welt erblickte[3]), und wie an der Wiege Goethe's

---

3) Friedrich Karl von Savigny wurde in der Vaterstadt unseres Dichterfürsten Goethe am 21. Februar 1779 geboren. Seine Familie stammte aus Lothringen, von wo sie vor 150 Jahren nach Deutschland übersiedelt war. Die Biographie universelle nennt einen Christoph von Savigny, aus der Grafschaft Rethel in der Champagne gebürtig, der im 16. Jahrhundert durch encyklopädische Schriften sich einen Namen gemacht hat. Vielleicht gehört er zu den Voreltern unseres Savigny. Sonst finden wir in der Gelehrten-Geschichte keinen dieses Namens erwähnt. Savigny's Großvater war Regierungsdirector in Zweibrücken, sein Vater Vertreter mehrerer Fürsten vom oberrheinischen Kreise in Frankfurt am Main. Vom Letzten wird berichtet, daß er die Bücher seiner Bibliothek mit einem Symbolum versah, das einen Bund Schlüssel vorstellte, mit der Unterschrift: „non omnia possumus omnes“. Die Familie befand sich in guten Vermögensverhältnissen. Aber schon im 13. Lebensjahre verwaist, wurde Friedrich Karl in das Haus seines Vormundes von

standen an der seinigen die Kobolde der Geschmacklosigkeit, Geistlosigkeit, Sprachmengerei, des Autoritätenglaubens, kurz

---

Neurath aufgenommen, der Beisitzer des Reichskammergerichts in Wetzlar war. Von diesem wurde er zuerst in das Rechtsstudium eingeführt, aber in so wenig ansprechender Weise, daß dieser Anfang ihn der Rechtswissenschaft leicht hätte entfremden mögen. Ganz gewonnen aber wurde er dieser Wissenschaft, nachdem er (1795) als sechzehnjähriger Jüngling die Universität Marburg bezogen. Dort trat er in nähere Beziehung zu Prof. Phil. Friedr. Weis, einem philologisch gebildeten Juristen der sogenannten eleganten Schule, von welchem Hugo sagt, daß er weniger geschrieben, als man wohl gewünscht hätte. Durch diesen wurde der junge Savigny für das Studium des römischen Rechts und seiner Geschichte begeistert, durch ihn auch zuerst die Idee zu der Bearbeitung der Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter in jenem angeregt, welcher ihn in der Vorrede zu diesem Werke seinen trefflichen Lehrer nennt, der mit gründlicher Kenntniß einen unglaublichen Eifer für die Rechtsliteratur des Mittelalters verbunden habe, wie denn auch dessen letzte literarische Production (1808) ein Erzeugniß jener Zeit, den sog. brachylogus juris civilis, betraf. In Marburg vollendete auch Savigny, der inzwischen nur kurze Zeit die Universität Göttingen besucht hatte, seine Studien und erlangte daselbst am 31. October 1800 die juristische Doctorwürde. Bei dieser Gelegenheit gab er als Inaugural-Dissertation seine erste Schrift heraus, „de concursu delictorum formali“, die schon den künftigen Meister in dem 21jährigen Mann ahnen ließ. Sodann als Privatdocent auftretend, erregte er nicht nur, sondern übertraf sofort alle Erwartungen; sein erstes Auftreten gewann ihm sofort unbedingten Beifall. Nur kurzer Zeit bedurfte es, und schon war auch sein Ruhm als juristischer Schriftsteller für alle Zeit begründet und entschieden. Eine Vorlesung über die zehn letzten Bücher der Pandekten lenkte seine Aufmerksamkeit insbesondere auf die schwierige Lehre vom Besitze und ließ ihn bald erkennen, wie wenig die übliche Darstellung dieser praktisch wichtigen Lehre dem Inhalt der Quellen entsprach. Auch hier, wie er selbst sagt, von seinem Lehrer Weis ermuntert, verlegte er sich auf selbstständige Bearbeitung derselben, und so erschien schon unter der Jahreszahl 1803 „Das Recht des Besitzes, eine civilistische Abhandlung“, die allein genügen würde, deren Verfasser einen unvergänglichen Namen in der juristischen Literatur zu sichern. (Arndts).

alle jene Gestalten, die den geistigen Habitus des vorigen Jahrhunderts charakterisiren, nur nach Art der Jurisprudenz natürlich mit längerem Zopf versehen. Aber sie standen an beiden Wiegen nicht, wie bei denen gewöhnlicher Menschen, um mit dem Hauche der Langeweile die frische Kraft, die hier erschienen, sofort zu lähmen, ihnen Zopf und Perücke als Angebinde in die Wiege zn legen, sondern um ihnen die Gegner zu zeigen, die beide dereinst mit jugendlicher Hand zu Boden werfen sollten. Vierundzwanzig Jahre zählten beide, als sie den ersten Schlag thaten, aber der eine Schlag genügte, um jene Ungethüme bis in's Herz hinein zu treffen; bei dem einen geschah er in Gestalt von Göz und Werther, bei dem andern in der Gestalt des „Recht des Besitzes" (Marburg 1803), hier wie dort durch Losreißen von der Ueberlieferung und den herrschenden Vorurtheilen, bei dem einen durch die Rückkehr zur Natur, bei dem andern — in gewissem Sinn könnte man auch bei ihm von einer Rückkehr zur Natur sprechen — durch Rückkehr zur ächten, wissenschaftlichen Methode der römischen Juristen. Wie hatte sich doch jene Zeit die Quellen, denen immer frisch und unversiegbar der juristische Geist entströmt — der Kundige weiß, daß ich damit die in Justinian's Gesetzsammlung excerpirte Literatur der römischen Juristen meine — verstopfen und verkümmern lassen, wie trübe war das Wasser, das sie für den unmittelbarsten Lebensbedarf ihnen entnahm! Was einst als freie Schöpfung des juristischen Gedankens zur Welt gekommen, gefunden auf einem Wege, den jeder Denkende ebenfalls zurücklegen kann, um es zu finden, es hatte den Charakter positiver gesetzlicher Bestimmung angenommen; das juristische Denken, wie es objectirt in den Aussprüchen der römischen Juristen erhalten ist, es war versteinert und verknöchert zu einzelnen Entscheidungen, es hatte sich zurückgezogen in die „leges und Fragmente" des corpus juris, und letzteres,

anstatt das eigene Denken zu befördern, diente nur dazu, es unnöthig zu machen. Wie überall, wo das eigene Denken fehlt, die Berufung auf fremdes Denken in Form des Citirens zur Aushilfe dient und der Autoritätenglaube mächtig gedeiht, so auch in jener. Daß Jemand an einer solchen Wissenschaft Geschmack und Freude hätte finden sollen, wer würde es erwarten, und es ist nur zu erklärlich, daß Geister wie Goethe ihr bald mit Widerwillen den Rücken kehrten. Wohl ihr, daß Savigny darin seinem Beispiel nicht folgte!

Früh gereift gleich jenem trat er, nachdem er 1800 in Marburg den Doctorgrad erlangt hatte, an der dortigen juristischen Facultät sofort als 21jähriger junger Mensch als Lehrer auf, und die äußere Anerkennung folgte diesem Schritt sehr bald in Gestalt seiner Ernennung zum außerordentlichen Professor. Schon drei Jahre später veröffentlichte er das oben genannte Werk, zu dem wir jetzt zurückkehren. Dasselbe läßt sich als der Grundstein zur gegenwärtigen Epoche der Jurisprudenz bezeichnen, denn so sehr vieles von Savigny selbst sowohl als von Andern späterhin noch geleistet werden mußte und geleistet ist, um wirklich eine Regeneration der Jurisprudenz zu begründen, die Keime zu dem Allem stecken bereits in jenem Erstlingswerk. Ein jugendlich-muthiges Abschütteln des ganzen bisherigen Ballastes von traditionellen Eintheilungen, Definitionen, Regeln, Kunstausdrücken, verbunden mit einem Muth, einer Schärfe und Feinheit in der Kritik seiner Vorgänger, wie sich bis dahin, etwa Hugo ausgenommen, Keiner deren rühmen konnte; eine durchaus selbständige, vorurtheilsfreie Benutzung der Quellen, vor Allem aber die Fähigkeit, dem Gedankengang der römischen Juristen bis in seine verschlungensten Wege zu folgen und aus einzelnen Punkten und Andeutungen die ursprünglichen Linien und Grundideen der Lehre wieder aufzufinden, das Nach-denken

des römischen Denkens, das Re-construiren des römischen Construirens, kurz eine Wiederbelebung des Geistes der römischen Jurisprudenz und damit Erschließung des innersten Verständnisses ihrer Werke, und Alles dies in einer Sprache, die selbst ein Nichtjurist hätte schreiben dürfen, um anziehend gefunden zu werden — das sind die einzelnen Züge zur Signatur jenes Werks. Ihrem Thema nach dogmatischer Art, enthält doch diese Schrift zugleich eine historische Leistung im doppelten Sinne des Worts — denn verfaßt konnte sie nur werden von dem, der sich von den Anschauungen der Gegenwart frei zu machen und in die der römischen Juristen zu versenken verstand, und wer dies gethan, mußte wie kein Anderer der Nothwendigkeit historischer Studien inne werden. Savigny bethätigte diese Ueberzeugung in kräftiger Weise dadurch, daß er die nächsten Jahre einer wissenschaftlichen Reise widmete — dem Seitenstück zu Goethe's italienischer Reise — welche die Erforschung der Bibliotheken namentlich für die Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter zum Zweck hatte, und deren höchst werthvolle Ergebnisse er später (1815—1831) in der bis auf sechs Bände anwachsenden „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“ niederlegte. Zwar die Geschichte des „Rechts“ gestaltete sich hier vorzugsweise zu einer Literaturgeschichte des Rechts, allein wie immerhin auch die Gabe genannt werden mag, ihr Werth war darum kein geringerer, und eine Reihe ebenso neuer wie wichtiger Resultate über die Fortdauer des römischen Rechts in den Ländern des weströmischen Reichs, die Universitäten, die Literaturgeschichte des Mittelalters u. s. w. sichern ihr für immer einen der ersten Plätze in der Literatur der nachrömischen Rechtsgeschichte. Die römische Rechtsgeschichte dagegen hat sich der gleichen Gunst einer Bearbeitung im Ganzen nicht zu erfreuen gehabt, sich vielmehr begnügen müssen mit einer Reihe einzelner zum

Theil allerdings bahnbrechender Abhandlungen, welche ursprünglich theils in den Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Berlin, theils in der von ihm selbst in Verbindung mit Eichhorn und Göschen gegründeten Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft veröffentlicht und später (1850) in seinen „Vermischten Schriften" gesammelt worden sind. Diese Erscheinung hat für mich stets etwas Auffälliges gehabt, denn von wem hätte man mehr eine Geschichte des römischen Rechts erwarten sollen, als gerade von Savigny, dem Gründer der historischen Schule? War es sein gesunder Sinn, der ihn abhielt, ein Gebiet zu bebauen, auf dem sich dem Forschergeist so oft unübersteigliche Hindernisse entgegenstellen und auf dem es so oft der Hypothese überlassen bleiben muß, die Lücken des Wissens auszufüllen? Zum Gedeihen der römischen Rechtsgeschichte hat freilich der Umstand, daß Savigny dies Gebiet Andern überließ, nicht beigetragen. Der Disteln und des Unkrautes würde es hier wahrscheinlich weniger gegeben haben, wenn Er mit fester Hand die Pflugschaar darauf geführt hätte. Daß er der Kritik der Quellen gegenüber eine ähnliche Zurückhaltung beobachtete und die Herausgabe der Quellen, so sehr er sie zu fördern suchte, Andern überließ, hat man weniger Ursache zu bedauern.

Nach Beendigung seiner Reise folgte Savigny 1808 einem Rufe nach Landshut, um zwei Jahre später an die neu gegründete Universität Berlin zu gehen und den dortigen Lehrstuhl des römischen Rechts zu dem ersten Deutschlands zu erheben. Was ihm hier an äußeren Ehren und Auszeichnungen zu Theil geworden, übergehen wir, indem wir der Ansicht sind, daß sie mehr den Geber als ihn ehrten, und wenden unsern Blick bis zum Jahre 1842 ausschließlich seiner wissenschaftlichen Thätigkeit zu.

Das Jahr 1814 sollte Savigny in die Lage versetzen,

in einer Gelegenheitsschrift eine Wirkung auszuüben, wie sie in der Geschichte vielleicht einzig dasteht. Die Befreiung von dem äußern Joch französischer Herrschaft hatte in manchen Geistern die so nahe liegende Idee angeregt, daß auch das innere Joch, welches wir einst in Gestalt des römischen Rechts auf uns genommen, und welches noch in manchen Theilen Deutschlands beibehalten worden war und ist, abgeschüttelt werden müsse, und neben Anderen hatte namentlich Thibaut in Heidelberg diesem Verlangen einen warmen und beredten Ausdruck gegeben. Es war kein Leichtes, dieser durch den Druck der vorausgegangenen Zeit und den Aufschwung vaterländischer Gesinnung unterstützten, zugleich im Namen der Nationalität wie der Praxis erhobenen Forderung entgegenzutreten, und es hieß wohl für immer auf eigentliche Popularität Verzicht leisten. Savigny that diesen Schritt in seiner Schrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft". Man würde den Mächten, welche damals die Geschicke Deutschlands leiteten, zu viel Ehre erweisen, wollte man annehmen, Savigny habe irgend etwas dazu beigetragen, daß die Idee einer nationalen Gesetzgebung unausgeführt blieb; nach dieser Seite hin hätte es der Schrift gar nicht bedurft, und ein Gegner jener Idee würde in dem einen Wort Bundestag eine größere Beruhigung gefunden haben, als in allen aus der Tiefe der Wissenschaft heraufbeschworenen Gründen Savigny's. Diese letztere Bezeichnung darf man ihnen in der That geben, und eben dies sichert der Schrift trotz des vorübergehenden Anlasses ihre unvergängliche Bedeutung; sie ist das Programm der historischen Schule geworden. Verstatten Sie mir einige Worte auch über die vorübergehende Bedeutung der Schrift. Savigny ist der Ansicht, daß die Zeit noch nicht die nöthige Reife zur Abfassung eines Gesetzbuchs besitze, und warnt vor den nachtheiligen

Folgen einer zur Unzeit unternommenen Fixirung und Codification des Rechts. Nicht dreißig Jahre später war Savigny Gesetzgebungsminister in Berlin. War die Zeit inzwischen reifer, oder war Savigny seinen Ueberzeugungen untreu geworden? Gewiß war er berechtigt, die wissenschaftliche Bildung, wie sie in der Masse der Juristen verbreitet war, nicht sehr hoch zu stellen, und in richtiger Selbstschätzung durfte er sich sagen, daß die Zeit von ihm lernen müsse — nicht etwa in einzelnen Dingen, sondern in ihrer ganzen Anschauung und Bildung. Aber wenn er den Maßstab der wissenschaftlichen Bildung anlegte, um den Beruf zur Gesetzgebung zu bestimmen, so beweist das, so paradox es Manchem klingen mag, in meinen Augen, daß Savigny selbst den Beruf des Gesetzgebers in einer Weise auffaßt, für die die Geschichte es freilich an Beispielen nicht hat fehlen lassen, rücksichtlich deren man aber die Geschichte durch sich selbst widerlegen kann. Soll das Gesetzbuch, wie einst Justinian es für nöthig hielt — und seinem Beispiel sind bis auf das Preußische Landrecht hinab Viele gefolgt — die Wissenschaft überflüssig machen, will der Gesetzgeber zugleich Professor, das Gesetzbuch zugleich Compendium sein, dann allerdings ist Savigny in seinem vollen Rechte gewesen, wenn er dagegen protestirte, daß die damalige Wissenschaft dieser Ehre theilhaftig werde. Wenn aber die Gesetzbücher sich bescheiden, wirkliche Gesetzbücher zu sein, dem Kaiser vindiciren, was des Kaisers ist, aber auch der Wissenschaft lassen, was der Wissenschaft ist, dann bedarf es, wie die Geschichte an den zwölf Tafeln in Rom und an der peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karl's V. lehrt, nicht gerade einer so hohen wissenschaftlichen Bildung, um ein brauchbares Gesetzbuch zu bringen, denn Alles, was reine Theorie ist, bleibt ausgeschlossen. Eine Zeit, die, wenn sie das Bedürfniß nach einer Reorganisation ihrer

Rechtszustände oder auch nur nach einer Codification des Rechts fühlt, die Hände in den Schoß legt, weil sie sich nicht für wissenschaftlich reif hält, eine solche Zeit leidet nicht an zu wenig, sondern an zu viel Wissenschaftlichkeit, eine solche Zeit spricht sich nicht sowohl ein wissenschaftliches, als ein moralisches Armuthszeugniß.

Möge man nun hierüber denken, wie man will, für die dauernde Bedeutung der obigen Schrift verschlägt dies gar nichts, und nur für die Charakteristik Savigny's ist es interessant und wichtig, zu wissen, wie er sich zu jener Zeitfrage verhalten hat — für uns bei unserm Vergleich Savigny's mit Goethe doppelt interessant, denn wer erkennt nicht in der kühlen Objectivität, mit der jener sich hierbei über seine Zeit zu stellen und wie ein Unbetheiligter, Fremder dem Strom nationaler Begeisterung sich zu entziehen vermochte, einen an Goethe erinnernden Zug? Die dauernde Bedeutung jener Schrift liegt in dem Apparat allgemeiner Ideen, den Savigny gegen seine Gegner in Bewegung zu setzen für nöthig hält: eine Theorie über die geschichtliche Natur des Rechts, verbunden mit einer Skizze der Hauptmomente in der Entwicklungsgeschichte des Rechts, und als „geschichtliche" Auffassung gegenübergestellt der bisher herrschenden rationalistischen Auffassung. Während letztere in dem Recht nur ein Product gesetzgeberischer Weisheit, ein Werk der Reflexion und der Absicht erblicke und die Zweckmäßigkeit und Vollkommenheit als Maßstäbe hinstelle, mit denen jedes Recht zu messen sei, ohne gegenüber dem einen absoluten Ziel, dem Alle nachzustreben hätten, die Nationalität als berechtigten Factor anzuerkennen, lehre umgekehrt die Geschichte, daß die Rechte nicht gemacht wären, sondern würden, daß sie hervorgingen, wie Sprache und Sitte, aus dem Innersten des Volks-lebens und -Denkens, ohne das Medium der Berechnung

und des Bewußtseins, daß nicht die Gesetzgebung, sondern das Gewohnheitsrecht die ursprüngliche Quelle des Rechts sei, und daß der Gedanke der Nationalität für dies Recht nicht bloß ein berechtigter, sondern von der historischen Erscheinung des Rechts gar nicht zu trennen sei. Wie mit dieser Idee der Volksthümlichkeit des Rechts sich dennoch die Herrschaft der Juristen und die Reception des römischen Rechts vertrage — beides Erscheinungen aus der Zeit, wo der unmittelbare Antheil des Volks an der Rechtserzeugung sich so gut wie verloren hat — das und manches andere Einzelne muß ich übergehen, wenn dieser Aufsatz rasch in Ihre Hände kommen soll.

Waren auch schon vor Savigny einzelne Stimmen laut geworden, welche ähnliche Ideen äußerten, so war es doch sein Verdienst, diese Ideen zu einer wissenschaftlichen Grundanschauung zuerst vereinigt und sie in einer durch Anschaulichkeit, Durchsichtigkeit und Schönheit der Form hinreißenden Gestalt, die zu ihrem raschen Siege gewiß nicht das Wenigste beigetragen hat, der Wissenschaft geboten zu haben. Auf Grundlage dieser Anschauung und zum Zwecke ihrer Durchführung auf den verschiedenen Gebieten des Rechts gründete Savigny 1815 im Verein mit den Germanisten Eichhorn und Göschen ein eigenes Organ, die „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft" und rief Alle, die sich zu derselben Grundansicht bekannten, als Anhänger der „historischen Schule" zum Kampf gegen ihre Gegner heraus. Von letzteren freilich entwarf er ein Bild, das einen Kreuzzug gegen sie ebenso leicht wie unnöthig machen mußte, und für das man, um die Originale dafür zu finden, in das vorige Jahrhundert hätte zurücksteigen müssen. Es konnte daher nicht ausbleiben, daß dieser Angriff, der gegen die meisten der damals lebenden Vertreter der Wissenschaft gemünzt war, eine nicht geringere Verstimmung und Aufregung hervorrief, als

— um unsere Parallele mit Goethe auch hier durchzuführen — derjenige, den Goethe einst im Verein mit Schiller in Form der Xenien gegen seine Zeitgenossen unternahm. Hatte schon der Beginn des Kampfes etwas Unerquickliches dadurch, daß er der künstlichen Spannung und Schärfung des Gegensatzes bedurfte, um überhaupt nur begonnen zu werden, so steigerte sich dies im Verlauf desselben in nicht geringem Maße dadurch, daß wie bei jedem Parteikampf Verdächtigungen, Verunglimpfungen, Vorurtheile u. s. w. aller Art sich einmischten, und jener mühsam aufgestellte Gegensatz Gefahr lief, in Persönlichkeiten unterzugehen, indem es genügte, sich Savigny persönlich oder literarisch fern zu halten, um als Gegner, sich ihm zu nahen, um als Anhänger der historischen Schule betrachtet zu werden. Ueber dieses unerfreuliche Parteigetriebe decke ich hier den Schleier, jedoch darf ich rücksichtlich der „historischen Schule" und der „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft" nicht unterlassen, auf eine Erscheinung aufmerksam zu machen, welche sich bei allen größeren Savigny'schen Werken wiederholt, ich meine die auffällige Discrepanz zwischen Name und Sache. In Bezug auf die „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter" ist sie oben angedeutet, für das „System des heutigen römischen Rechts" wird sie es unten werden; bleiben: das „Recht des Besitzes", bei dem das „Recht" zwar auf dem Titelblatt existirt, im Buch selbst aber negirt wird, und die „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft". Das „geschichtlich" sollte dem Programm zufolge eine bestimmte politisch-historische Grundanschauung involviren. Die Begründung derselben, die auf doppeltem Wege möglich war, auf rechtsphilosophischem und historischem, ist auf jenem überall nicht einmal versucht worden und auf diesem, wenn man ehrlich sein will, auch nicht. Denn aus allen rechtshistorischen Abhandlungen, welche die 15 Bände

der Zeitschrift gebracht haben, folgt für den Beweissatz selbst auch nicht das Geringste. Sie lehren dem, der dies noch nicht weiß, daß auch die Institute des Rechts im Laufe der Zeit Veränderungen erleiden; aber daß dieselben nicht völlig willkürlich und unabhängig von der Vergangenheit erfolgen, daß nicht die Weisheit des Gesetzgebers allein sie in's Leben gerufen, kurz, daß das ganze historische Material nicht ebenso gut von den Gegnern als gegen sie verwandt werden könnte, dagegen bieten jene Abhandlungen keine Garantie. Jene „geschichtliche Ansicht" des Programms ist also für die Zeitschrift nur ein vielversprechendes Aushängeschild gewesen, hinter dem sich rechtshistorische Detailuntersuchungen versteckt haben, die von jener Anschauung selbst in keiner Weise beeinflußt sind.

Damit soll über den Werth der letzteren und über das Verdienst der historischen Schule mit Nichten abgeurtheilt werden, es verträgt sich damit im Gegentheil sehr wohl die Anerkennung, daß unter dem Einfluß der Richtung, welche wir mit jenem Namen zu bezeichnen gewohnt sind, und welche, wenn auch schon durch Hugo in Göttingen vor Savigny angebahnt, doch durch letzteren erst zur Herrschaft gebracht ist, daß durch diese Richtung, sage ich, die Jurisprudenz im Lauf von funfzig Jahren ein völlig verändertes Ansehen bekommen, einen Umschwung erfahren, wie er in der Geschichte der Wissenschaft sich kaum je in so kurzer Zeit vollzogen hat. Erlassen Sie mir, auszuführen, worin derselbe besteht — ich würde mich von Savigny zu weit entfernen, und jeder Jurist wird Ihnen die Frage beantworten können, wenigstens muß er es. Freilich wird er wahrscheinlich der Anerkennung einen Tadel hinzufügen, der, da er diese ganze Richtung und damit auch und vor allen Savigny trifft, von mir nicht übergangen werden darf. Es ist das jene von Savigny selbst eingeräumte Entfremdung zwischen Theorie und Praxis — eine

Erscheinung, die in diesem Umfang erst aus der Zeit der historischen Schule datirt. Man müßte blind sein, wenn man läugnen wollte, daß die Schuld auf Seiten der Theorie liegt, aber ebenso blind, um zu übersehen, daß der Fortschritt, den sie gemacht hat, und der der Praxis in hohem Grade zu Gute kommt, mit einer vorübergehenden Vernachlässigung der unmittelbaren Interessen der letzteren nicht zu theuer erkauft worden ist. Ein anderer Vorwurf, den man der historischen Schule gemacht hat, betrifft ihre politische Haltung. Daß ihre Grundstimmung conservativer Art ist, wird man nicht anders erwarten und ihr nicht zum Vorwurf machen; die Geschichte kennen und conservativ sein, ist gleichbedeutend. Aber von dem echten Conservativismus, der das Gewordene nicht seiner selbst wegen conservirt, sondern weil und insofern es die Bedingungen eines neuen Werdens in sich schließt, das Erstorbene aber abthut, von diesem unterscheidet sich jene politische Richtung, die so gern sich diesen Namen beilegt, welche das Gewordene seiner selbst wegen erhalten möchte, und der Gegenwart vorenthält, was sie der Vergangenheit einräumt: das Recht des Werdens — eine Richtung, die, wenn sie durch praktische Interessen dictirt wird, d. h. als Junker-Conservatismus höchst begreiflich, dagegen wenn ihr diese Gründe fehlen, als romantischer Conservativismus ein unglückliches Produkt der Gelehrtenstube ist. Daß die historische Schule dieser letzteren und damit mittelbar auch jener Art des Conservativismus wesentlichen Vorschub geleistet, ist unbestreitbar. Jene so oft gedankenlos nachgebetete Lehre von dem „organischen" Werden, der Entwicklung von innen heraus, einen so großen Fortschritt sie repräsentirt gegenüber der rationalistischen Geschichtsauffassung des vorigen Jahrhunderts, trug und trägt doch die Gefahr einer kaum minder großen Verirrung nach der andern Seite in sich, nämlich die: den

Werth und die Bedeutung der menschlichen Thatkraft, die Rolle, die der freie Entschluß, die Reflexion und Absicht in der Geschichte spielen, ebenso zu unterschätzen, als jene Auffassung sie überschätzte. In der Vorstellung mancher Anhänger jener Schule ist das menschliche Thun, das bewußte und berechnete Eingreifen in den Gang der historischen Entwicklung geradezu mit einem Makel behaftet, gleich als ob es Aufgabe der Menschheit wäre, die Hände in den Schoß zu legen und und abzuwarten, bis der Genius der Geschichte ihr im Schlaf und in Form des „Werdens" das Nöthige bescheeren werde, und als ob je auch in der Vergangenheit etwas anderes „geworden" wäre, als durch menschliches „Thun". Diese von der Theorie genährte Scheu vor der historischen That kam den praktisch-politischen auf Aufrechthaltung alles Bestehenden gerichteten Bestrebungen der Restaurationsperiode trefflich zu Statten, und der Name der historischen Schule gewann bei den Regierungen einen ebenso guten Klang, wie er in der Masse des Volks unpopulär wurde — eine Unpopularität, die den Stifter der Schule in verstärktem Maße treffen mußte.

Seit der Schrift über den Besitz hatte Savigny's literarische Thätigkeit das Gebiet der Dogmatik verlassen und sich ausschließlich der Geschichte zugewandt, Grund genug zu dem Vorurtheil, als ob dies in einer Einseitigkeit seines Talents oder seiner Neigung beruhe. Das Jahr 1840 sollte dieses Vorurtheil gründlich zerstören. In jenem Jahre nämlich erschienen in rascher Folge drei Bände eines in großem Maßstabe angelegten Werks: System des heutigen römischen Rechts — die lang gereifte Frucht eines ganzen Lebens — ein Ereigniß, das in der juristischen Welt wahrhaft Sensation machte. Zwar die unbegrenzte Bewunderung, mit der es in einigen Kreisen begrüßt wurde, war keine allgemeine, ja es fehlte nicht an Stimmen, namentlich unter den Praktikern,

welche ein Gefühl der Enttäuschung laut werden ließen. Was man dem Werk mit Recht zum Vorwurf machen konnte, war der Hiatus zwischen ihm selbst und dem Titel „heutiges Recht", den es sich beilegte. Nicht zwar in dem Sinn, als ob Savigny, wie man es von dem Rechtshistoriker erwarten mochte und wie es von so manchen seiner Jünger geschah, das Bestreben gezeigt hätte, auch den abgestorbenen Partieen des römischen Rechts Leben und Lebenskraft zu vindiciren, im Gegentheil, es war im Vergleich mit dem Bilde, das man sich bis dahin von ihm gemacht hatte, überraschend wahrzunehmen, wie der Meister selbst von dieser Verirrung mancher seiner Schüler sich so gänzlich frei gehalten hatte, ja wie er umgekehrt nach der entgegengesetzten Seite vielfach weiter gegangen war, als manche seiner Gegner, die man praktisch nannte, weil sie allerdings nicht historisch waren. Aber eine Berechtigung hatte jener Vorwurf in dem Sinn, daß Savigny, obschon er schließlich stets bei dem heutigen Recht anlangt, sich und dem Lehrer doch den oft sehr weiten Umweg durch das frühere Recht nicht erspart, auch wo derselbe durch den Zweck der Erleichterung des Verständnisses in keiner Weise geboten ist, wie z. B. wenn die ausführliche historische Schilderung einer Lehre mit dem Resultat endet, daß sie ihre Giltigkeit für das heutige Recht gänzlich verloren habe. Will man den Vorwurf richtig fassen, so muß er nicht lauten, daß das Werk nicht zum Titel, sondern daß der Titel nicht zum Werke passe, und so ausgedrückt erscheint er verschwindend klein gegenüber dem, was das Werk bietet. Worin letzteres besteht, darüber lassen Sie mich schweigen. Wer erwartet noch bei einem Manne wie Savigny Vorzüge aufgezählt zu sehen, ohne die er eben nicht Savigny gewesen wäre? Aber eine Eigenschaft darf ich hervorheben, die ihm hätte fehlen dürfen, um dennoch der Größten Einer zu sein. Sie ist dieselbe, die

wir oben bereits rücksichtlich seines Verhältnisses zur Gesetzgebungsfrage zu berühren Gelegenheit hatten, und auf die ich hier um so mehr zurückkommen muß, weil sie einen Grundzug zur Charakteristik der Savigny'schen Persönlichkeit gewährt. Es gibt bekanntlich einen Gegensatz der Naturen, den die Geschichte unserer Literatur uns in idealer Weise in Schiller und Goethe veranschaulicht hat. Die eine wirft sich auf den Stoff mit der ganzen Macht der Persönlichkeit, gibt sich ihm hin, rückhaltlos wie die Liebe, und schöpft aus diesem Pathos der Hingebung und völligen Identificirung mit dem Stoff den Schwung und die Begeisterung, durch die sie hinreißt; eine solche Natur in höchster Vollendung war bekanntlich Schiller. Die andere Natur hingegen steht nicht in, sondern über dem Stoff, nicht beherrscht und durchdrungen von ihm, sondern selber ihn beherrschend und frei ihn gestaltend, wie der Bildner den Thon, und das Werk, das aus ihrer Hand hervorgeht, trägt nichts an sich von dem schaffenden Subject, sondern es steht da objectiv, als wäre es hervorgegangen aus den Händen der Natur. Zu der letztern Klasse gehörte gleich Goethe auch Savigny, und das oben genannte Werk liefert dem, der überhaupt für solche Dinge ein Auge hat, einen Beweis dafür. Gleich als läge der Stoff seinem Interesse und Herzen völlig fern, steht er über demselben, es ist nicht das Subject, welches seine Ansicht über den Stoff äußert, sondern es ist der Stoff selbst, der die Form des Gedankens annimmt, jene objective Form, in der sich nur das vom subjectiven Geiste loslöst, was nicht kürzlich erst gesucht oder gefunden, sondern was den langsamen Proceß eines allmähligen inneren Reifens durchgemacht hat und längst als reife Frucht am Baume saß, bevor der Eigner sie brach, und dem daher auch nichts von dem subjectiven Ringen und Abmühen mehr anklebt. Diese Freiheit gegenüber dem Stoff

bethätigt sich bei Savigny namentlich auch in seinem kritischen Verhalten zum römischen Recht. Nicht, wie man es sonst wohl beim Romanisten gewohnt ist, hat die Bewunderung des römischen Rechts sein Urtheil gefangen genommen, nicht, wie von dem vermeintlich einseitigen Rechtshistoriker Manche wohl erwartet hätten, begnügt er sich dabei, daß etwas geworden, sondern er sucht auch nach dem Warum, und nicht etwa blos nach dem äußern Warum, das in Wirklichkeit nur ein Wie ist, sondern nach dem in den praktischen Zwecken und Gründen des Instituts gelegenen inneren Warum. Darum ist dies Werk, so wenig es auch den Stoff in der unmittelbar auf den praktischen Gebrauch berechneten Form wiedergibt, ein im eminenten Sinn praktisches, ein Bildungsmittel für den practischen Juristen, wie kein anderes.

Die Freude, mit der die Juristenwelt das Erscheinen der ersten Bände dieses Werkes begrüßt hatte — für den Eindruck, den es auf mich als jungen Menschen hervorbrachte, bedürfte es anderer Ausdrücke — sollte keine lange Dauer haben. Nachdem im Jahre 1841 noch zwei Bände erschienen waren, trat ein Ereigniß ein, welches voraussichtlichermaßen den Fortgang des Werkes auf lange, wenn nicht auf immer sistiren mußte. Der verstorbene König von Preußen Friedrich Wilhelm IV., der kurz vorher den Thron bestiegen, ein Gönner und Verehrer Savigny's, gründete, wie es scheint, mit besonderer Rücksicht auf ihn, ein besonderes Gesetzgebungsministerium, das Savigny Ostern 1842 übernahm, nachdem er im vorangehenden Winter noch zum letzten Mal seine Pandektenvorlesung gehalten. So hielt auch, was den Glanz der äußeren Stellung anbetrifft, sein Lebenslauf mit dem Goethe's gleichen Schritt. Aber was für Goethe im Wesentlichen nur ein Zuwachs an äußerer Ehre, kein Raub an seinem Genie

gewesen, kostete Savigny einen Preis, den man in seinem wie im Interesse der Jurisprudenz ewig Ursache haben wird zu bedauern, und unter den vielen Ideen, an denen König Friedrich Wilhelms IV. erfinderischer Geist so reich war, und denen das Schicksal den gehofften Erfolg so oft versagte, war diese dem Erfolg nach eine der unglücklichsten. Denn wenn dem Urtheil der Männer zu trauen ist, die als Mitarbeiter in rascher Folge in das Gesetzgebungsministerium ein- und austraten, so hätten sich für diesen Posten nicht blos weit geeignetere Persönlichkeiten finden lassen, sondern das Ergebniß der sechsjährigen Thätigkeit Savigny's an dieser Stelle stand und konnte in gar keinem Verhältniß stehen zu dem, was anderwärts verloren ging. Was hieß jenes Ministerium für Savigny anders, als den Schnitter abberufen zur Zeit der Ernte, in dem Moment, wo er im Begriff steht, einzusammeln, was er im Lauf eines langen Lebens gesät und gepflegt hat, abberufen von einer Ernte, reich wie keine zweite, und keinem Andern zugänglich, als ihm selbst und auch ihm nur noch eine kurze Spanne Zeit? Jenes Ministerium annehmen, hieß die Sichel wegwerfen und von Neuem zum Spaten greifen, zwar einem goldenen, aber in der Hand des Dreiundsechzigjährigen wenig verheißenden.

Es möge hier, wo wir Savigny den Lehrstuhl für immer verlassen sehen, der Ort sein, um ihn uns auf letzterem zu vergegenwärtigen. Daß Savigny den seinigen unbestritten zum ersten in Deutschland erhoben hatte, ist bereits oben bemerkt, und nur zu bald nach seinem Abgange zeigte es sich, daß Er es gewesen, der diesen Lehrstuhl zu dem gemacht hatte, was er war. Denn der Hörsaal, in dem bisher Hunderte von Schülern aus fast allen Ländern Europas kaum Platz gefunden hatten, bot, als Puchta und nach ihm Keller in ihn eingezogen, bald des Raumes in Fülle —

statt, wie bei Savigny's Zeit, die Zuhörer die Bänke, suchten jetzt fast die Bänke die Zuhörer. Der Ruf Savigny's als Lehrer war beinahe noch größer als der des Schriftstellers; gleichwohl darf ich, dem die Gelegenheit zu Theil ward, kurz vor seinem Scheiden vom Lehrstuhl ihn öfter zu hören, nicht verschweigen, daß er dem Ideal, das ich mir von einem Docenten gebildet hatte, und das ich bei Stahl im vollsten Maße verwirklicht fand, nicht entsprach. Zwar alle Bedingungen desselben waren vorhanden: wie bei Goethe eine majestätische äußere Erscheinung — in früherer Zeit soll auch Savigny, wie jener, ein Bild männlicher Schönheit gewesen sein — eine melodische, sonore, auch bei mäßiger Anstrengung weithin vernehmbare Stimme, eine Sicherheit, Ruhe, Würde und Festigkeit im Vortrage, die Allem, was aus seinem Munde kam, in dem Ohre des Zuhörers den Charakter eines Evangeliums aufdrückte. Aber Etwas vermißte ich, was Stahl in eminentem Grade besaß und Savigny in seiner Jugend vielleicht besessen hatte: die Wärme des Vortrags, die aus dem Interesse hervorgeht, mit dem der Docent sich an seiner Aufgabe und seinem Gegenstande betheiligt [4]). Kalt, ruhig,

4) Ich kann jedoch nicht umhin, das abweichende Urtheil von Arndts und Jakob Grimm mitzutheilen. „Wir haben", sagt jener in seiner Rede S. 18, „über Savigny als Lehrer ein Urtheil von Jakob Grimm, der unter den ersten Schülern Savigny's war. „Ich kenne keinen Vortrag", sagt er, „der auf mich einen tieferen Eindruck gemacht hätte, als die Vorlesungen Savigny's. Mich dünkt, was seine Zuhörer so sehr anzog, war die Leichtigkeit und Lebhaftigkeit des Vortrags mit so viel Ruhe und Mäßigung vereint. . . . Seine stets klaren Worte, die Wärme seiner Ueberzeugung und dabei eine Art von Zurückhaltung und Mäßigung im Ausdruck, brachten eine Wirkung hervor, die sonst nur der Erfolg der mächtigsten Beredsamkeit ist." 25 Jahre später befand ich selbst mich unter Savigny's Zuhörern, zu einer Zeit, da ihn schon ein anhaltendes Nervenleiden drückte, für das er noch im selben Jahre,

gemessen glitt der Fluß der Savigny'schen Rede dahin, gleich dem des Flußes in der Ebene, durchsichtig, klar bis auf den Grund, nie eine ungewöhnliche, heftige Bewegung, nie ein Sprudeln und Schäumen wie beim Gebirgsbach, das den Zuhörer hätte mit fortreißen, ihn hätte in Begeisterung versetzen können. Es war wiederum jene oben bereits am Schrift-steller Savigny hervorgehobene Objectivität, die auch den Charakter des Docenten vollständig bestimmte, hier aber der Jugend gegenüber meiner Ansicht nach wenig am Platz, am wenigsten aber in ihrer Richtung gegen die „neuern Juristen", die nach der Art, wie sie ohne Nennung eines einzelnen Namens nie als Individuen, sondern stets nur als Masse auftraten, um ihre Ansichten einfach als „falsch" abgefertigt zu sehen, dem Zuhörer ein Gefühl des Mitleidens abnöthigen und sich in seiner Vorstellung schließlich zu einer Personification eines fatalistisch-unvermeidlichen Irrthums gestalten mußten.

Die sechs ersten Jahre nach Uebernahme des Ministeriums lassen sich als diejenigen bezeichnen, welche unsere Wissenschaft um die Beendigung des „Systems" gebracht haben, denn während nach dem bisherigen Maßstabe jedes Jahr 2—3 Bände desselben hätte liefern müssen, brach Savigny erst 1847

---

nach beschleunigter Beendigung seiner Vorlesungen, anderwärts Linderung suchen mußte. Und auch ich gestehe: ich habe nie und nirgend einen schöneren vollendeteren Lehrvortrag gehört. In leichtem Strome floß ihm die klare Rede vom Munde; immer gewählt und maßvoll im Ausdruck, immer anziehend und die Aufmerksamkeit fesselnd und doch nicht ermüdend; jedes Haschen nach Effekt war ihm fremd, kein heftiger Ausfall, keine unziemliche Bemerkung verunzierte den Vortrag, er war durchaus edel, wie die ganze Haltung des Lehrers; nur dann und wann, wenn er eine verkehrte Meinung mit attischer Feinheit abfertigte, begleitete ein leises Lächeln um den Mundwinkel seine Worte, während sonst damals ein etwas trüber Zug dem würdevollen Antlitz eigen war."

mit dem 6. Bande sein Schweigen. Das folgende Jahr mit seinen Umwälzungen gab ihm zwar, indem es ihm den Ministerposten entzog, die Muße des Schriftstellers zurück, aber sie gab sie einem nahezu Siebenzigjährigen. Gleichwohl reichte dessen Kraft, auch darin Goethe gleich, noch zur schriftstellerischen Production aus; es erschienen noch bis 1853 vier Bände jenes Werks, die beiden letzten unter dem besonderen Titel des Obligationenrechts — ein Zeichen, daß der Verfasser selbst auf die Hoffnung einer Vollendung des Ganzen Verzicht geleistet hatte. Die letzten beiden Bände trugen schon die Spuren nachlassender Kraft, und es zeugt von dem Tact und der Selbstkenntniß Savigny's, daß er der Welt das Schauspiel ersparte, ihn altern zu sehen.

So verflossen die letzten Jahre seines Lebens ihm in stiller Muße und ließen ihm Zeit vor seinem Ende noch auszuruhen von den Anstrengungen einer fünfzigjährigen thatenreichen Vergangenheit. Wenn er hinter sich schaute, er durfte sich gestehen, daß er ein Leben gelebt, wie das Geschick es nur wenig Auserwählten zu Theil werden läßt, ein Leben, wie das des Dichterfürsten zu Weimar, von früh auf beschienen von der Sonne des Glücks, ein Leben ohne lähmende Sorgen und Entbehrungen und in das das Unglück kaum je einen Schatten geworfen hatte, ein Leben reich an Kraft, Thaten, Freuden, Ehren, unvergeßlich eingetragen in das Buch der Geschichte, und im Vollbesitz geistiger und körperlicher Kraft ausgedehnt bis an eine Grenze, die das der meisten Menschen nicht erreicht.

Wenn ein solcher Mann von der Erde scheidet, so bedarf er nicht des Steines oder Erzes, um seinen Namen auf die Nachwelt zu bringen. Wenn ich trotzdem diese Gelegenheit benutze, um für Ihre Stadt Frankfurt die Idee eines Savigny-Denkmals anzuregen, die ich namentlich den

dortigen Juristen zur Beherzigung empfehlen möchte, so geschieht es, weil ich glaube, daß eine Stadt, die sich rühmen kann, neben Goethe auch diesen Mann hervorgebracht zu haben, selber ein Interesse daran hat, dies in eherner Schrift zu verkünden, um dadurch zu bekunden, daß sie dieses Ruhmes würdig ist, und daß die materiellen Mittel, über die sie gebietet, nicht den Sinn für geistige Größe in ihr ersticken, ihr vielmehr dazu dienen, derselben die verdiente Huldigung darzubringen.

Nachträgliche Berichtigung zu Nr. IV.

Die Seite 192 aufgestellte Behauptung, daß man bisher allgemein die Ansicht der Sabinianer, nach welcher der Erwerb des legatum per vindicationem mit dem Antritt der Erbschaft ipso iure erfolgte, als die im Corpus iuris recipirte betrachtet habe, bedarf einer Berichtigung. Es hat schon Pöschmann, Observationum ad ius anteiustinianeum et iustinianeum triga. Lipsiae 1857, darauf hingewiesen, daß jene Ansicht der Sabinianer durch Antoninus Pius, welcher sich für die Proculejaner erklärte (Gaius II. 195), verdrängt wurde. Ihm hat sich angeschlossen G. Dietzel in der Kritisch. Zeitschr. für die gesammte Rechtsw. Bd. 5 S. 554. Dagegen hat Fitting im Arch. für civilist. Praxis Bd. 42 S. 147 ff. wieder die herrschende Ansicht in Schutz genommen. Die Stellen, auf welche er sich bezieht, sind oben besprochen. Nur hinsichtlich der l. 16 § 1 qui test. fac. poss. (28. 1) und l. 24 pr. D. de O. et A. (44. 7) mag hier noch wiederholt werden, daß die Römer das Recht auf das Vermächtniß ebenso bezeichnen wie die Klage auf den vermachten Gegenstand, also wie die Vermächtnißforderung selbst, weil, wo der Legatar diese verfolgt, jenes Recht von ihm geltend gemacht wird. Nennen sie doch auch das Recht des Delaten, Erbe zu werden, ebenso petitio hereditatis, wie die Klage, mit der er es nach dem Antritt geltend macht, wenn er die erbschaftlichen Rechte verfolgt. Vergl. S. 185. 189.

Anzeigen.

Wir sind um die Aufnahme folgender beider Bekanntmachungen ersucht:

I. Aufforderung betreffend die Savigny-Stiftung.

Die großen und unvergänglichen Verdienste, welche sich Friedrich Karl von Savigny sowohl um das Rechtsleben des Deutschen Volkes als auch um die Rechtswissenschaft fremder Nationen erworben hat, sind eine beredte Mahnung, dem hochgefeierten Lehrer und Meister ein Denkmal zu errichten in einer Stiftung, die — getragen von der Theilnahme dankbarer Schüler aus allen Nationen — ihre Segnungen und Wohlthaten auch über Deutschland hinauszu verbreiten geeignet ist. Die Unterzeichneten hegen daher die Absicht, eine den Namen des verehrten Todten führende Stiftung zu dem Zwecke zu gründen, um

1. namhaften Leistungen auf dem Gebiete der vergleichenden Rechtswissenschaft, insbesondere solchen, welche das Römische und Germanische Recht in den Kreis der Vergleichung ziehen, ferner aber auch gediegenen Arbeiten, die im Anschluß an Friedrich Karl von Savigny's „Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter" der späteren Literatur- und Dogmen-Geschichte des Römischen Rechtes gewidmet sind, eine angemessene Belohnung zu Theil werden zu lassen;

2. besonders befähigte Rechtsgelehrte ohne Rücksicht auf Nationalität in den Stand zu setzen, die Rechtsinstitutionen fremder Länder durch eigene Anschauung kennen zu lernen.

In diesem Sinne erlauben wir uns, die Sammlung für eine „Savigny-Stiftung" zu eröffnen und an alle diejenigen, welche zu thätiger Mitwirkung geneigt sind, die Bitte zu richten, die zur Beisteuer bestimmten Beträge an das Banquier-Haus „M. Borchardt jun." zu Berlin (Französische Straße No. 32) gütigst einsenden zu wollen. Auch sind die Unterzeichneten gern bereit, Gaben Behufs Ablieferung an das genannte Banquier-Haus in Empfang zu nehmen.

Sobald die Sammlung geschlossen ist, werden wir die Königliche Akademie der Wissenschaften zu Berlin, welcher Friedrich Karl von Savigny währeud eines funfzigjährigen

Zeitraumes als Mitglied angehört hat, ersuchen, unter Festhaltung des oben bezeichneten Zweckes der Stiftung in Gemeinschaft mit uns ein die Verwaltung des Stiftungsvermögens und die Verwendung der jährlichen Einkünfte regelndes Statut festzustellen, auf Grund dieses Statutes die Verwaltung des Stiftungsfonds zu übernehmen und sich mit den Akademien der Wissenschaften zu Wien und München dahin zu verständigen, daß die Vertheilung der Einkünfte abwechselnd durch eine dieser drei gelehrten Körperschaften erfolge. Auch werden wir demnächst öffentliche Rechnung legen, sowie schon vor dem Schlusse der Sammlung von drei zu drei Monaten über das Fortschreiten des Werkes öffentliche Mittheilung machen.

Berlin im December 1861.

von Bernuth, Justiz-Minister. von Bethmann-Hollweg, Minister der geistlichen rc. Angelegenheiten. Borchardt, Stadtgerichtsrath. Bornemann, Zweiter Präsident des Königl. Ober-Tribunals. Bruns, Professor der Rechte. Dr. R. Dove, Dozent der Rechte. Dr. Gneist, Professor der Rechte. Heydemann, Geh. Justizrath und Professor der Rechte. Homeyer, Geh. Ober-Tribunalsrath und Professor der Rechte. Meyen, Staatsanwalt (Schriftführer). von Patow, Finanz-Minister. Richter, Geh. Ober-Regierungsrath und Professor der Rechte. Rudorff, Geh. Justizrath und Professor der Rechte. Graf von Schwerin, Minister des Innern. Simson, Rechtsanwalt am Königl. Stadtgericht. Volkmar, Justizrath und Rechtsanwalt am Königl. Ober-Tribunal. Graf von Wartensleben, Stadtgerichtsrath.

II. Preisaufgaben der Rubenow-Stiftung.

1. Geschichte der Staatswirthschaft des großen Kurfürsten Friedrich Wilhelm von Brandenburg.

Es wird bei dieser Aufgabe zunächst eine actenmäßige Geschichte der Finanzgesetzgebung und Finanzverwaltung des großen Kurfürsten gefordert. Es wird aber ferner gewünscht, daß hiermit eine kritische Darstellung der volkswirthschaftlichen Grundsätze, Einrichtungen und Erfolge dieses Fürsten verbunden werde, unter Berücksichtigung der volks- und

staatswirthschaftlichen Ansichten seiner Zeit, so wie der betreffenden Politik der maßgebenden Staaten Europas.

II. Geschichte der Umwandlung der älteren deutschen Gerichte in gelehrte Gerichte.

Unter den entscheidenden Momenten, welche zur Reception des römischen Rechts in Deutschland geführt haben, nimmt das Eindringen des gelehrten Richterstandes in die deutschen Gerichte die erste Stelle ein. Eine eingehende Darstellung dieses wichtigen Umwandlungsprocesses ist der Zweck der gestellten Aufgabe. Außer den allgemeinen Gesichtspunkten sind folgende Verhältnisse noch besonders zu berücksichtigen:

1. Die Ausbreitung des Studiums der deutschen Juristen auf fremden wie auf einheimischen Universitäten ist nach den verschiedenen Landschaften und nach den verschiedenen Ständen näher als bisher geschehen in's Auge zu fassen. Die Beschaffung statistischen Materials erscheint zu diesem Zwecke besonders wünschenswerth.

2. Es ist nachzuweisen das Aufkommen der Actenversendung und der Rechtssprechung der deutschen juristischen Facultäten.

3. Es wird gewünscht, daß der Verfasser diese Umwandlung schließlich an einem einzelnen deutschen Lande speciell nachweist.

Die Abhandlungen sind in deutscher oder französischer Sprache abzufassen. Sie dürfen den Namen des Verfassers nicht enthalten, sondern sind mit einem Wahlspruche zu versehen und der Name des Verfassers ist in einem versiegelten Zettel zu verzeichnen, der denselben Wahlspruch trägt.

Die Einsendung der Abhandlungen muß spätestens den 1. März 1866 geschehen; die Zuerkennung der Preise erfolgt am 17. October desselben Jahres.

Für die Preisvertheilung stehen 800 Thlr. zur Verfügung. Kein Preis darf unter 200 Thlr. betragen, es kann aber auch die ganze Summe einer Arbeit zuerkannt werden.

Greifswald den 6. December 1861.

Rector und Senat der Universität.

E. Baumstark.

Druck der Friedr. Mauke'schen Officin (J. Schweiger) in Jena.



